Crim.
297
10

Crim. 297 (10

<366357675100 14

<366357675100 14

B

Crim.
297/10

Ueber

die neueren Vorschläge

zur Verbesserung

des

Criminalverfahrens

in Deutschland.

Von

Dr. **Friedrich August Biener,**
Geheimen Justizrathe.

(Aus dem zwölften Bande der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft besonders abgedruckt.)

Berlin, 1844.
In der Nicolaischen Buchhandlung.

82 A

Crim. 297 (10

Biener

Subscriptions-Anzeige.

So eben sind erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Justus Möser's sämmtliche Werke

in zehn Bänden.

Neu geordnet
und aus dem Nachlasse desselben gemehrt durch

B. R. Abeken.

Auf Maschinen-Velinpapier, in gefälligem Octavformate, geheftet. Mit einer Abbildung von Möser's Denkmal und einem Facsimile seiner Handschrift.

Subscriptions-Preis für jeden Band 25 Sgr. (20 gGr.)

Inhalt:

Band	I—IV.	Einleitung zur Charakteristik Möser's, vom Herausgeber, und Patriotische Phantasien.
"	V.	Kleinere, den Patriotischen Phantasien verwandte Aufsätze.
"	VI—VIII.	Osnabrückische Geschichte. 3 Bände. Nebst Urkunden-Sammlung.
"	IX.	Kleinere Schriften. Vermischtes aus Möser's frühester Periode, in Zeitschriften Erschienenes, Fragmente. — Historisches über Klöster und Stifter.
"	X.	Möser's Biographie von Fr. Nicolai. — Briefe von und an Möser. — Goethe über Möser. — Broxtermann's Empfindungen bei Möser's Tode.

Ein Blick auf die typographische Ausstattung wird zeigen, wie sehr die Verlagshandlung es sich angelegen sein ließ, eine dem Andenken des großen Mannes würdige Ausgabe seiner Werke zu Stande zu bringen, und sie hofft, daß auch der verhältnißmäßig sehr billige Preis dazu beitragen werde, diesem echt deutschen Nationalwerke eine recht allgemeine Verbreitung zu verschaffen.

Nicolaische Buchhandlung in **Berlin.**

Ueber die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Criminalverfahrens in Deutschland.

R

Von

Dr. Friedrich August Biener,
Geheimen Justizrathe.

(Aus dem zwölften Bande der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft besonders abgedruckt.)

Berlin, 1844.
In der Nicolaischen Buchhandlung.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Der Verfasser dieses Aufsatzes hat früher **Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornengerichte** herausgegeben und darin nachgewiesen, daß der Inquisitionsproceß eine neue Schöpfung Pabst Innocenz III ist, welche den Zweck hatte, der Disciplinar- und Strafgewalt der Kirche gegen die Geistlichen mehr Sicherheit zu verleihen [1]). Dieses Institut wurde bald nach seinem Entstehen von den italiänischen Juristen in ihre weltliche Jurisprudenz aufgenommen [2]), weil sie die Grundidee desselben im Römischen Recht zu finden glaubten. Unter den Händen der Juristen bildete es sich dann weiter aus, erhielt unter anderem aus dem accusatorischen Proceß des Rö-

1) Beiträge S. 40.
2) Beiträge S. 89—92.

mischen Rechtes die Tortur, als Zusatz, und ist mit der italiänischen Jurisprudenz nach Deutschland gekommen, wo es durch die Praxis wiederum fernere Ausbildung erfahren hat. In der Kirche selbst hat die Ketzerverfolgung, welche ursprünglich in der Form der Sendgerichte geübt wurde, nachher sich dem Inquisitionsproceß angeschlossen, aber demselben durch mancherlei harte Maaßregeln einen gehässigen Charakter aufgedrückt [3]): die spanische Ketzerinquisition endlich hat, noch mehr abweichend, die Form des accusatorischen Processes mit einem Fiscal angenommen [4]).

Ueber die reformatorischen Anträge der neueren Zeit, welche gegen den deutschen gemeinrechtlichen Inquisitionsproceß gerichtet sind, hat sich damals der Verfasser nicht ausgesprochen [5]), vielmehr sich begnügt, rein historische Erörterungen zu geben. Der gegenwärtige Aufsatz ist dazu bestimmt, als Nachtrag zu dem erwähnten Buche, die neueren reformatorischen Vorschläge zu besprechen und die historischen Untersuchungen, welche dort gegeben wurden, als Grundlage zu benutzen. Indem die Ansichten des Verfassers seit jener Zeit sich nicht verändert haben, wird diese Darstellung im Ganzen von dem Standpunkte des erwähnten Buches ausgehen und mehreres an verschiedenen Stellen desselben Zerstreute zusammenfassen.

---

3) Beiträge S. 72—76.

4) Beiträge S. 76—78.

5) Nur S. 7. Not. 19 und S. 16 finden sich einige beiläufige Aeußerungen, namentlich an der letzten Stelle für die Oeffentlichkeit.

Vor allen Dingen scheint es zweckmäßig, die Vorzüge und Mängel unseres gemeinrechtlichen Verfahrens in einer Uebersicht kurz anzudeuten, indem in der Abhandlung nur auf Einzelnes daraus Rücksicht genommen werden kann. Zu den Vorzügen gehört

die Trennung des untersuchenden und des urtheilenden Richters (weil der untersuchende Richter leicht in eine befangene Ansicht hineingerathen kann [6]).

Die zuverlässige Fixirung des Ermittelten durch schriftliche Protocolle.

Die Unabhängigkeit der Richter, sowohl von der öffentlichen Meinung (welche oft übereilt ist) als von dem Einfluß des Staates (weil sie nur durch Urthel und Recht absetzbar sind).

Die Unpartheilichkeit der Richter (gerantirt durch ihre Verpflichtung [7]), Gründe anzugeben).

Endlich die Rechtsmittel gegen das erste Urtheil [8]).

---

6) Es ist also dieser Vorzug nur für den inquisitorischen Proceß geltend: bei dem accusatorischen ist es unbedenklich, ja nothwendig, daß der proceßleitende Richter auch das Urtheil spreche.

7) Die Verpflichtung beruhte früher auf dem Gerichtsbrauch und dem Verlangen der rathsuchenden Gerichte. Im achtzehnten Jahrhundert ist sie nochmals durch Gesetze festgestellt worden, z. B. in Kursachsen. Hommel criminal. Blätter S. 185.

8) In alter deutscher Zeit ist das Schelten eines Urtheils, sowohl auf der Stelle mit dem Ziehen an die mehrere Menge, als mit dem Ziehen an den höheren Richter in Uebung gewesen. Doch findet sich bereits im Mittelalter die Ansicht, daß in Criminalsachen keine Rechtsmittel stattfinden; auch die Reichsgesetze haben keine Appellation zugelassen. Carpzov hat aber durch seine Aufstellung der defensio ulterior Rechtsmittel im Crimalproceß eingeführt. (Beiträge S. 174.) Das Römische Recht hat in

Als mangelhafte Einrichtungen können wir dagegen anführen,

daß der untersuchende Richter, als unpartheiischer Anwald des Gesetzes, zugleich verfolgen und vertheidigen soll.

Daß die Trennung der verschiedenen Stadien der Untersuchung, obwohl von der Praxis gebildet, dennoch nicht streng genug aufgefaßt ist.

Daß die Thätigkeit des Vertheidigers erst am Schlusse der Untersuchung eintritt, und auch sonst manchen Beschränkungen unterliegt.

Daß die urtheilenden Richter, welchen man jetzt eine psychologische Beurtheilung zumuthet, nicht den Angeschuldigten und die Zeugen selbst sehen, ja sogar, den Referenten abgerechnet, nicht einmal die Acten vollständig kennen.

Daß die urtheilenden Richter für einzelne Zweifel nur weitläuftige Mittel zur Ergänzung haben, welche deshalb nicht gern angewendet werden.

Daß der Richter auf überzeugende Indicien nicht die volle Strafe dictiren kann (hier ist particularrechtlich öfters abgeholfen worden).

Daß, Todesurtheile abgerechnet, die Resultate und Gründe der Urtheile nicht öffentlich bekannt gemacht werden.

Endlich kann man die Langsamkeit des Verfahrens,

---

dieser Lehre gegen den deutschen Gebrauch nicht durchdringen können.

insoweit sie nicht durch die Gründlichkeit bedingt ist, als Vorwurf aufgestellt werden.

Wenn nun davon die Rede ist, diesen Mängeln abzuhelfen, so werden die praktischen Juristen, welche sich in das bisher Bestehende mit Ueberzeugung und Erfolg eingeübt haben, vor allen Dingen bemerken, daß durchgreifende organische Aenderungen eine Menge Fäden des Zusammenhanges mit andern bestehenden Staatseinrichtungen abschneiden, und daß in mehreren Ländern die Zersplitterung durch Patrimonial- und andere kleinere Gerichte solchen Aenderungen entgegensteht. Sie werden also besonders auf die Vollständigkeit und Zuverlässigkeit der Protocolle und Relationen, auf eine freiere Thätigkeit des Vertheidigers, auf die Möglichkeit, dem erkennenden Richtercollegio unmittelbare Anschauung zu verschaffen, auf die Entfernung alles unnöthigen Aufenthaltes hinarbeiten und dadurch ohne wesentliche Aenderungen abhelfen wollen. Dieß ist der Standpunct, von welchem mehrere neue Regierungs-Entwürfe zu Strafproceßordnungen ausgegangen sind.

Diejenigen, welche dem Liberalismus huldigen, werden besondern Werth darauf legen, daß der öffentlichen Stimme Einfluß und Gewicht verstattet, der Vertheidigung eine freiere Wirksamkeit gewährt und die Entscheidung der Gerichte von dem Einfluß der Staatsregierung unbedingt frei erhalten werde. Für diese Zwecke tragen sie auf eine Reformation an durch Einführung des Anklageprocesses, der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, so wie der Geschwornengerichte.

Historische Juristen werden vor allen Dingen die allmählige Ausbildung und Umbildung des Criminalverfahrens in Deutschland vor Augen haben, und in den Elementen, welche darin liegen, selbst wenn sie theilweise antiquirt sind, die Mittel zur Verbesserung suchen. Erfahrungen aus andern, als deutschen Ländern zu Hülfe zu nehmen, werden sie ebenfalls nicht verschmähen. Der Verfasser dieses Aufsatzes gesteht, daß ihm diese historische Ansicht am mehrsten zusagt, obwohl er die beiden anderen Ansichten ebenfalls zu beachten und in ihren gerechten Forderungen zu berücksichtigen sich gedrungen fühlt.

Erwägt man die oben angeführten Mängel des gemeinrechtlichen Criminalverfahrens, so ergiebt sich als einer der wesentlichsten die zweideutige und falsche Stellung des untersuchenden Richters. Den Standpunct desselben hat bereits Innocenz III in folgenden Worten bestimmt:

c. un. X. ut eccles. benef. Ex officii debito possumus et debemus de subditorum excessibus ad correctionem inquirere veritatem.

c. 31 X. de simonia. Praelatus quasi fama deferente vel denunciante clamore, sui officii debitum exsequitur.

Also der Richter erfüllt, sobald ihm die Veranlassung gegeben ist, seine Pflicht, die Wahrheit zu erforschen. Er ist daher gehalten, gleichmäßig die Schuld oder Unschuld, die beschwerenden wie die entschuldigenden Umstände ins Klare zu bringen: er stellt gleichzeitig den Ankläger und

den Vertheidiger vor [9]). Ein besonderer Vertheidiger ist deshalb im kanonischen Recht nicht vorhanden und in unserem gemeinrechtlichen Verfahren ist er ebenfalls in der Untersuchung nicht beschäftigt, sondern tritt nur am Schluß ein, gleichsam als Zugabe. Eine ganz andere Stellung hat der Richter im rein accusatorischen Processe. Er erscheint als proceßleitend, aber nur im Sinne der Anträge, welche ihm von dem Ankläger und Angeklagten gemacht werden; als urtheilend, aber nur in Folge der Ermittelungen, welche die Partheien herbeigeführt haben. Seine eigne zufällige Wissenschaft von der Sache muß er ganz aus dem Spiele lassen. Nur wenn das Inquisitionsprincip anfängt sich geltend zu machen, was mit Beibehaltung der accusatorischen Proceßform geschehen kann, darf der Richter zum Behuf seiner Ueberzeugung [10]), auf welche er sein Urtheil zu gründen hat, gewisse processualische Handlungen vornehmen [11]), ohne besonders dazu aufgefordert zu seyn.

---

9) Feuerbach Lehrbuch §. 623. Nach dem kanonischen Recht hat der Richter auch das Urtheil zu sprechen, was sich aber in unserem gemeinrechtlichen Verfahren durch die Trennung des untersuchenden Richters von dem urtheilenden modificirt hat. Daß diese Trennung nicht blos zweckmäßig, sondern höchst nothwendig war, ergiebt sich aus den hier gegebenen Ausführungen, indem der inquirirende Richter, weil er im wesentlichen Ankläger ist, nicht Urtheiler seyn darf. Ferner liegt im kanonischen Recht die Idee, daß der Einzelrichter das Urtheil spricht, welche aber im deutschen Recht von alter Zeit her verworfen ist. Der Richter soll nicht Urtheil finden, noch schelten. Sachsensp. III. 30. v. Savigny Gesch. d. Röm. R. I. §. 75. S. 256. d. zweiten Ausg.

10) Beiträge S. 3—7.

11) Z. B. Peinl. Ger.-Ordn. Art. 47.

Jene Stellung des untersuchenden Richters war im kanonischen Recht als Mittel die correctorische Disciplin der Kirche gegen die Geistlichkeit zu üben, völlig untadelhaft [12]), und nur in Folge ihrer Uebertragung auf die strafende Rechtspflege der weltlichen Criminalgerichte zeigt sich die Inconvenienz darin, daß der untersuchende Richter sich nur der Function des Anklägers zu widmen pflegt, also als Fiscal auftritt, und der Angeschuldigte seinem Gegner, welcher mit den Mitteln der Staatsgewalt ausgestattet ist, fast schutzlos gegenüber steht, bis am Ende des Verfahrens, öfters zu spät, einem Vertheidiger die Einsicht der Acten verstattet wird. Diese ganz natürliche und fast unvermeidliche Verrückung des Standpunctes ist auch gleich vom Anfange erkannt worden. Schon Innocenz III hatte sein Verfahren gegen den Vorwurf zu vertheidigen, tanquam idem sit accusator et judex [13]). Bartolus bezeichnet geradezu den inquirirenden Richter als Ankläger [14]); andere sprechen es wenigstens indirect in dem Satze aus: inquisitio succedit in locum accusationis [15]). Gegen diesen Uebelstand, daß der inquirirende Richter in der Hauptsache den Ankläger macht, und seiner ihm idealer Weise

---

12) von Ammon in den Sächs. Landtagsmittheil. 1842. Erste Kammer S. 55: „Ich halte das Inquisitorialverfahren auf dem Gebiete der Zuchtpolizei und Disciplinarjustiz für ausreichend; im eigentlichen Criminalproceß kann ich nur für Oeffentlichkeit und Mündlichkeit stimmen."

13) Beiträge S. 45. 46.

14) Beiträge S. 101. auch Grolmann Lehrbuch §. 532.

15) Baldus u. Petrus de Ferrariis. Beiträge S. 104. 106.

obliegenden Function als Vertheidiger nicht füglich genügen kann, ist daher kein anderes Mitttel, als ihn, was er doch in Wahrheit ist, als Ankläger im Namen des Gesetzes oder Fiscal anzuerkennen [16]). Wegen der jetzt ermangelnden Vertheidigung wird dagegen dem Angeschuldigten ein rechtlicher Beistand, und zwar für den ganzen Verlauf des Processes zu gestatten seyn.

Eine andere große Unvollkommenheit ist, daß die erkennenden Richter die Verhandlungen, auf welche sie ihr Urtheil gründen sollen, nur aus den Protocollen des untersuchenden Richters oder vielmehr nur aus den Auszügen dieser Protocolle, welche der Referent vorträgt, kennen lernen; daß sie ferner nach dem Geist der neueren Criminalrechtspflege den Angeschuldigten und die Zeugen psychologisch beurtheilen sollen, ohne ihre Persönlichkeit im Allgemeinen und ihr Verhalten zur Sache aus unmittelbarer Anschauung zu kennen. Dieser Umstand ist eine Folge von der Trennung des untersuchenden Richters von dem erkennenden, welche in der deutschen Praxis sich gebildet hat und im Inquisitionsproceß wesentliche Vortheile gewährt [17]). In dem altdeutschen Verfahren hatten Richter und Schöppen sowohl die Proceßleitung als das Urtheil [18]). Die fortschrei-

---

16) Die untersuchenden Richter sind daher zuweilen Fiscale genannt worden. So in einer Criminal-Verordnung des Kurfürsten von Trier 1726 (Beiträge S. 143) und einmal in der Zeit Friedrichs II (Motive des revidirten Entwurfs der preuß. Crim.-Ordn. S. LX. LXI.)

17) Siehe oben Note 6 und 9.

18) Eine merkwürdige Abweichung, wo andere Richter und

tende Ausbildung des Rechts, welcher die gewöhnlichen Schöppen nicht mehr folgen konnten, veranlaßte in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters, daß man öfters bei den Oberhöfen und Schöppenstühlen Rath suchte [19]). Dieß ist auch noch der Standpunct des Processes in der Peinlichen Gerichtsordnung, wo Richter und Schöppen den Proceß führen und das Urtheil beschließen, dabei auch sehr häufig das Rathsuchen vorgeschrieben ist [20]). In dem kanonischen Inquisitionsproceß der Kirche ist der untersuchende und der erkennende Richter eigentlich derselbe: doch mit der Modification, daß der Ordinarius die Untersuchung durch einen Commissarius kann führen lassen [21]). In dem Inquisitionsproceß der italiänischen Jurisprudenz ist ebenfalls der untersuchende und erkennende Richter derselbe. Als aber dieser Inquisitionsproceß in Deutschland in Uebung kam, ist nunmehr das deutsche Element des Rathsuchens hinzugetreten und, um eine gleichförmige Justiz hervorzubringen, von den Regierungen unterstützt worden. So wurde z. B. in Kur-

---

Schöppen die Proceßleitung, andere das Urtheil haben, wird nachher vorkommen.

19) Eichhorn deutsche R. G. Vierte Ausg. II. S. 200. III. S. 301. 393. 492. Grimm deutsche Rechtsalt. II. S. 834. Zöpfl Bamberger Recht S. 132. Mehrere Rechtsbücher des Mittelalters sind aus solchen eingeholten Gutachten entstanden.

20) Siehe die Vorrede der Bambergensis und des ersten Projectes. Diese Vorschrift des Rathsuchens hat wegen der damit verbundenen Kosten veranlaßt, daß man sich in Wirtemberg 1565 der Einführung der P. G.-O. widersetzt hat. Henke Geschichte d. p. R. II. S. 177.

21) Beiträge S. 49.

sachsen 1574 befohlen, daß die Aemter ihre Urtheile in Criminalsachen bei dem Schöppenstuhl in Leipzig [22]) einholen sollten: 1592 auch bei dem Schöppenstuhl oder Hofgericht in Wittenberg [23]). In vielen Ländern waren die Versendungen an die Juristenfacultäten die gewöhnlichsten. Die Regierungen haben ihrerseits diesem Gegenstand bis auf die neueste Zeit vielfach ihre Aufmerksamkeit gewidmet, und die Versendung der Criminalacten zum Spruch theils an einheimische Juristenfa-

---

22) Schon 1432 hatte Kurfürst Friedrich der Sanftmüthige befohlen, daß seine Unterthanen nicht in Magdeburg, sondern bei den Schöppen in Leipzig sich die Rechtsbelehrungen einholen sollten. Günther das privilegium de non appellando etc. S. 20.

23) Bekannt ist der Streit, welcher über die Criminalurtheile zwischen der Juristenfacultät und dem Schöppenstuhl zu Leipzig seit 1636 geführt und durch zwei kurfürstliche Befehle, datirt 26 Juni 1638 entschieden wurde. Während dieses Streites gab Benedict Carpzov 1638, aber anonym, seinen peinlichen Inquisitions- und Achtsproceß heraus, worin er behauptete, daß alle Criminalsachen in Sachsen an den Schöppenstuhl versendet werden müßten. Die Juristenfacultät beschwerte sich deshalb bei der Regierung und erlangte, daß aus den Exemplaren des Buches die betreffenden Blätter herausgeschnitten und durch andere ersetzt werden sollten, welche ganz einfach die Decisivrescripte von 1638 enthielten. Diese Nachricht entnehme ich aus einer Schrift, welche die Juristenfacultät nach abgemachter Sache über diesen Gegenstand hat drucken lassen (Bericht auf die Frage: ob die Juristenfacultät zu Leipzig in peinlichen Fällen rechtlich zu sprechen befugt sey? Leipzig gedruckt bei Gregorio Ritzschen 1638. 4to) und aus handschriftlichen Notizen über den Schöppenstuhl in Leipzig, welche ich besitze. Der Carpzovsche peinliche Proceß ist nachher, ebenfalls ohne Namen, im Jahr 1662 wieder abgedruckt worden: dann aber nach Carpzov's Tod in mehreren Auflagen mit dessen Namen (Jugler Beiträge I. S. 301). Dem fleißigen Sammler Jugler ist aber die erste Ausgabe von 1638 und deren sonderbares Schicksal unbekannt geblieben.

cultäten, theils an Landesjustizcollegien oder besondere Criminalcollegien angeordnet [24]). Auf diesem Wege hat sich also die Trennung des untersuchenden Richters von dem erkennenden gebildet, deren Vortheile bereits oben kurz angegeben sind; zugleich ist aber der Nachtheil entstanden, daß dem erkennenden Richter die nöthige unmittelbare Kenntniß der Verhandlungen und der Persönlichkeit abgeht. Um diesem Mangel abzuhelfen, könnte man daran denken, die erkennenden Richter vom ersten Anfange an den Verhandlungen beiwohnen zu lassen, ja sogar einem derselben die Leitung der Untersuchung zu geben. Dieß würde aber einestheils eine unmäßige Verschwendung von Kräften seyn [25]), anderntheils würde die zweckmäßige Trennung des untersuchenden und erkennenden Richters verloren gehen. Es bleibt also nur das Mittel übrig, daß in einer vollständigen Schlußverhandlung alles, was zur Sache gehört, in Vernehmungen des Angeschuldigten und der Zeugen dem erkennenden Richter vorgeführt wird.

Wenn man hierbei sich die Frage stellt, ob ein solches

---

24) Außerdem mußten in mehreren Ländern die Schöppenurtheile, auch wenn sie auf Facultäts-Gutachten beruhten, einer höheren Landesbehörde zur Bestätigung eingesendet werden. Maurer öffentl. Gerichtsverf. S. 353. Aehnliches im Kurfürstenthum Sachsen ehemals und in Preußen noch jetzt die Einsendung an das Justizministerium. Es ist zu wünschen, daß dergleichen Einrichtungen nicht Veranlassung geben, die Unabhängigkeit der Richtersprüche zu gefährden.

25) Siehe den ungefähren Anschlag in den Motiven der revid. Preuß. Crim.-O. S. IV. V.

ches Verfahren in der Entwickelung des deutschen Criminalrechts begründet ist, so wird wohl jedem dabei das hochnothpeinliche Halsgericht, der endliche Rechttag der peinlichen Gerichtsordnung einfallen [26]), welcher eine große Aehnlichkeit darbietet. Verfolgen wir aber diesen Gegenstand noch weiter zurück bis auf seinen Ursprung im Mittelalter, so finden wir eine solche Einrichtung, als eigenthümliche Bildung in mehreren Städten vor, wie denn überhaupt die weitere Entwickelung des deutschen Rechts hauptsächlich in den Städten ihren Sitz hatte. Es war nämlich in Bamberg, Nürnberg und Zürich seit der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts gebräuchlich [27]), daß die Criminalprocesse vor dem Stadtgerichte angebracht und verhandelt wurden. Sobald die Resultate sicher gestellt waren, kamen die Sachen vor den eigentlichen Criminalrichter, wo in einem förmlichen peinlichen Gericht die gewonnenen Resultate vorgelegt und

---

26) Die Abgeordneten Braun und D. Platzmann in der Sächsischen zweiten Kammer. Siehe Landtags-Mittheilungen S. 337. 340.

27) Von Bamberg und Nürnberg finden sich die Nachrichten in Zöpfl Bamberger Stadtrecht S. 135. 174. von Zürich in Bluntschli Züricher Rechtsg. S. 166. Aehnliches in Kaiser Maximilians Halsgerichts-Ordn. für Ratolphzell 1506. §. 5. (Falck Eranien II. S. 82. N. Archiv d. Crim. R. IX. S. 47.) Im Ganzen scheint mit dieser Einrichtung die Tortur in einiger Verbindung gestanden zu haben, welche ziemlich frühzeitig an die Stelle der eigentlichen Gottesurtheile eintrat, ehe noch der Einfluß des Römischen Rechts sehr merklich wurde. Während früher der Rechtlose mit dem glühenden Eisen oder dem Kesselfang überwiesen wurde, erzwang man nachher von dem gemeinen Verbrecher durch die Tortur das Geständniß.

das Urtheil gesprochen wurde. Nach diesem Vorbild ist von dem Freiherrn von Schwarzenberg in der Bamberger Halsgerichtsordnung das Verfahren eingerichtet. Der Criminalproceß wird vor dem Richter und einigen Schöppen vollständig verhandelt und das Urtheil besprochen, worauf sodann der endliche Rechttag vor dem Richter und einer solennen Anzahl von Schöppen die Sache zum Schluß bringt. Die Rechtfertigung dieses Verfahrens im Art. 123 der Bamberger Halsgerichtsordnung besagt, daß wegen der unzureichenden Rechtskenntniß der Schöppen diese Einrichtung in der Art getroffen sey, daß nichts Neues auf diesem Rechttage zur Sprache komme; es werde aber diese öffentlich-gerichtliche Handlung um des gemeinen Volkes und alter Gewohnheit willen beibehalten. Die peinliche Gerichtsordnung von 1532 hat diesen endlichen Rechttag aus der Bambergensis ebenfalls aufgenommen und nur unbedeutendes dabei geändert [28]). Einige klägliche Ueberreste desselben haben sich unter dem Namen des hochnothpeinlichen Halsgerichts bis in die neuesten Zeiten im Gebrauch erhalten. Jetzt gilt es also diesen alten Gebrauch, den wir auf fünfhundert Jahr zurück verfolgen können, und welcher in die Reichsgesetzgebung übergegangen war, auf eine schickliche Weise zu erneuern, indem, jetzt wie ehemals, dasjenige, was in einer vorhergehenden Untersuchung als zur Sache gehörig und entscheidend sich ausgewiesen hat, den urtheilenden Rich-

28) Beiträge S. 156—158.

tern im Zusammenhange unmittelbar vorgelegt werden soll. Der Unterschied ist nur der, daß dieser Schlußact, welcher in der alten Zeit mehr oder weniger als eine bloße Feierlichkeit erscheint, weil nur die Resultate vorgelegt wurden, jetzt eine entscheidende Bedeutung erhält, indem die Mittel selbst, welche zu den Resultaten führen, den Richtern producirt werden. Daß übrigens dieser Vorschlag für unsere Zeit praktisch ausführbar ist, ergiebt sich daraus, daß er von Seiten hoher Justizbehörden in mehreren deutschen Staaten [29]) Anerkennung gefunden hat.

Noch ein sehr wesentlicher Mangel ist, daß nicht alle Criminalurtheile und deren Begründung öffentlich bekannt gemacht werden [30]): blos bei Todesstrafen ist etwas dergleichen üblich. Für die Nothwendigkeit dieser Publication spricht zuvörderst die P. G. O., indem sie in ihrem endlichen Rechttage, welcher eben so gut bei strafenden, als bei lossprechenden Urtheilen stattfindet, die öffentliche Vorlesung des Urtheils vorschreibt. Die theoretische Betrachtung des Criminalrechts beweist dasselbe. Denn das ehemals herrschende Abschreckungsprincip führt unbedingt auf die öffentliche Publication der Urtheile: aber auch,

29) Bericht des Königl. Preuß. Justizministers Mühler (v. Kamptz Jahrbücher Heft 114. S. 375.) und der revidirte Entwurf der Preuß. Criminalordnung 1841. § 317—321. Desgleichen die Erklärung der Königl. Sächsischen Regierung über die Zurücknahme des Entwurfes der Strafproceßordnung dat. 25. Jan. 1843. (Landtagsmittheilungen der ersten Kammer Nr. 17.)

30) Beiträge S. 10. Martin in Richter kritische Jahrbücher 1843. Heft. II. S. 108. 109. 120.

wenn man als Grundprincip des Criminalrechts annimmt, daß der Staat für die Einzelnen und das Ganze eintritt, um Vergeltung auszuüben, so muß er sich darüber gegen die von ihm Vertretenen, also öffentlich, ausweisen. Ueberdies werden auf diese Weise falsche Beurtheilungen der von den Gerichten in einzelnen Fällen verfügten Strafen oder Freisprechungen abgewendet: der Freigesprochene wird sich sogar dadurch erst vollständig vor seinen Mitbürgern rechtfertigen können, und darf daher [31]) eine amtliche Publication als ein wahres Recht in Anspruch nehmen.

Unter diesen Umständen scheint es allerdings, als ob dem gemeinrechtlichen deutschen Verfahren nicht ohne wesentliche Verbesserungen zu helfen wäre. Die Anerkennung des Richters, als Kläger von Amtswegen oder Fiscal, mit entgegenstehendem Vertheidiger, die Abhörung der Angeschuldigten und Zeugen in Gegenwart des erkennenden Richters, die Oeffentlichkeit der Urtheile und ihrer Gründe erscheinen als dringende Forderungen, und hiernach dürften die oben erwähnten Anträge auf Einführung des Anklageprocesses, der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und der Geschwornengerichte wohl zu einer näheren Erwägung sich qualificiren.

Bei dieser Erwägung ist vor allen Dingen zu bedenken, von welchem Standpunct aus dieselbe aufzufassen ist, und hier ist zuförderst die Ansicht abzuweisen,

---

31) Ist anerkannt im revidirten Entwurf der Preuß. Crim. O. 1841. §. 344. und den Motiven dazu; auch in Preuß. Ger. O. Art. 87.

als handle es sich darum, ob die französische Criminalgerichtsverfassung in einem deutschen Lande eingeführt werden solle? Niemand, als derjenige, welcher behauptet, daß die Französische Revolution in ihrem Princip und in ihren Folgen ein nachzuahmendes Musterbild für Deutschland abgebe, wird diese Frage unbedingt bejahen können. Auch wird sich jedes deutsche Gemüth getrieben fühlen, eine so gestellte Frage sogleich zu verneinen. Jene Fragstellung ist aber nicht die richtige: es handelt sich blos darum, ob durch die gemachten Vorschläge, sie mögen einen Ursprung haben, woher sie wollen, auf eine für Deutschland passende Weise den Mängeln des gemeinrechtlichen Criminalverfahrens abgeholfen werden kann?

Eine andere Vorfrage ist die, in welcher Ordnung die Prüfung der vorliegenden reformatorischen Vorschläge zu unternehmen ist, und dieß ist zweifelhaft, weil in der Beantwortung mehrere dieser Fragen sich gegenseitig bedingen. Diejenigen, welche vom politisch-liberalen Standpunct ausgehen, werden die Geschwornengerichte oder wenigstens die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, als Postulate, an die Spitze stellen, dieselben mit den gewöhnlichen aus der Politik hergenommenen Argumenten erweisen und das Uebrige als Consequenzen daran anschließen. Unter der Oeffentlichkeit verstehen sie die Zulassung des Publicums zu den Gerichtsverhandlungen: unter der Mündlichkeit theils die Unterlassung des Protocollirens bei dem Schlußverfahren, theils das Plädiren, indem bei diesem Schlußverfahren sowohl der Ankläger als der Vertheidiger in längeren zusammenhängenden Reden sich ausspre-

chen. Sehr häufig wird auch dieß beides in Verbindung mit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter zusammen als Mündlichkeit bezeichnet. Reine juristische Praktiker werden die Frage ob aus Acten oder der Audienz der Richter am sichersten die Grundlage seines Urtheils entnehmen, zuerst behandeln, worauf dann die Erwägung der Oeffentlichkeit und der Proceßform folgen würde. Von unserem Standpunct aus, den wir oben als den historisch-juristischen bezeichnet haben, sind Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nur accessorische Fragen, weil sie alle beide im strengeren Sinne sich ohne Geschwornengerichte nicht rechtlich begründen lassen. Wer Geschwornengerichte annimmt, wird Oeffentlichkeit und Mündlichkeit annehmen müssen: wer Geschwornengerichte verwirft, wird Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im strengeren Sinne nicht annehmen. Es giebt daher nur zwei Hauptfragen, Proceßform und Geschwornengericht: demungeachtet werden wir die vier Fragen einzeln behandeln, weil sich bei der gesonderten Erörterung manches Wichtige ergiebt. Hiernach wird die Frage nach der Proceßform, ob mit oder ohne öffentlichen Ankläger die erste seyn; an der zweiten Stelle ist zu erwägen, ob angestellte juristische Richter oder ob Geschworne das Urtheil sprechen sollen, weil dieser Umstand für die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit präjudiciell ist. Die dritte Frage ist wegen der Oeffentlichkeit, welche in ihrer richtigen Bedeutung mehrere nothwendige Einrichtungen begründet. Die vierte bezieht sich auf die Mündlichkeit, also die Frage, ob aus Acten oder der Audienz gerichtet werden

soll. Alles aber ist zu prüfen, in wiefern es in Deutschland geschichtlich gegründet oder sonst dem deutschen Wesen anpassend ist, ob es den bemerkten Mängeln des gemeinrechtlichen Verfahrens abhilft und ob es nicht Vorzüge entbehrt, deren das deutsche Verfahren sich bisher erfreute.

A. Der erste zu prüfende Vorschlag ist demnach der, daß accusatorischer Proceß unter Mitwirkung eines Staatsanwaldes an die Stelle des inquisitorischen Processes gesetzt werde [32]). Daß die doppelte Stellung eines inquirirenden Richters, zufolge deren er sowohl Ankläger als Vertheidiger seyn soll, sich nicht wohl halten läßt, ist bereits oben nachgewiesen worden. Die Eigenschaft des Richters als Ankläger ist dabei anerkannt, die als Vertheidiger jedoch abgeleugnet worden, wodurch ein geson-

32) Es ist wohl nicht überflüssig, hier zu bemerken, daß sowohl dieser accusatorische Proceß, als der gemeinrechtliche inquisitorische auf dem Inquisitionsprincip beruhen (Beiträge S. 6. Abegg Beiträge zur Strafgesetzg. S. 45. Geib Röm. Criminal-Proc. S. 102. 103). Das letztere geht aus der fortschreitenden Civilisation nothwendig hervor und beruht auf dem Grundsatz, daß womöglich keine Rechtsverletzung ungestraft bleibe und der Staat durch Anstalten dafür sorge. Die Proceßformen, in welchen dieses Inquisitionsprincip realisirt wird, können verschieden seyn. Erstlich accusatorisch, wo die Formen des üblichen accusatorischen Processes von einem öffentlichen Ankläger beobachtet werden: zweitens inquisitorisch, wo amtliche Untersuchung ohne Anklageform stattfindet a) der Richter untersucht allein b) der Richter untersucht unter Mitwirkung eines Fiscals: drittens gemischt, wo nach der amtlichen Untersuchung der Schluß des Processes in der Form der Anklage verhandelt wird a) der Richter untersucht und zum Schluß wird der Fiscal excitirt, eine Anklage zu formiren b) der Richter untersucht unter Mitwirkung eines Fiscals und hierdurch wird die fiscalische Anklage begründet.

derter Vertheidiger, als rechtlicher Beistand nothwendig wurde. In dem gemachten Vorschlage begegnet uns nunmehr ein neues Element, der Staatsanwald, welcher die Function des öffentlichen Anklägers übernimmt und durch förmliche Anklage und sonstige Anträge die Sache betreibt. Auf diesem Wege wird also der Richter auch von der Function als Ankläger entbunden und hierdurch wird erst die vollendete Gleichmäßigkeit herbeigeführt [33]). Der Richter erhält die ihm zukommende Stellung, so daß er zwischen Ankläger und Vertheidiger steht [34]), den beiderseitigen Anträgen seine Thätigkeit zu widmen und unpartheiisch zu entscheiden verpflichtet ist.

Es fragt sich nunmehr, was die Geschichte des Criminalverfahrens uns darüber lehrt. Hier finden wir, daß seit dem vierzehnten Jahrhundert in Frankreich, Spanien, Deutschland, Italien und in der spanischen Ketzer-

33) Unter den älteren Schriftstellern, welche dieser Ansicht beipflichten, ist wohl vorzüglich auszuzeichnen Kleinschrod über den Werth des Anklage- und Untersuchungsprocesses gegen einander (in Klein Archiv des Criminalrechts II. 4.) Sein Vorschlag, im Jahr 1800, wo der Gegenstand noch nicht Partheisache war, geht dahin, nach geendeter Generaluntersuchung den Fiscal mit einer Anklage auftreten zu lassen.

34) Gegen diese Ansicht ist bemerkt worden, daß sie auf einer unzulässigen Uebertragung der Regel des Civilprocesses in den Criminalproceß beruhe. Indeß läßt auch der Civilproceß zu, daß man dem Richter die Function zu untersuchen und unabhängig von den Partheien die Wahrheit zu erforschen, zur Pflicht mache. Es war dies die Idee, welche Friedrich der Große dem Civilproceß zu Grunde legen wollte. Im Civilproceß läßt sich diese Idee vertheidigen, obgleich starke Gründe dagegen sind; im Criminalproceß ist sie zu verwerfen, weil der Richter Staatsbeamter und der Staat Parthei ist.

inquisition das Institut der Procuratoren und Kläger von Amtswegen überall auftaucht [35]), und zwar ohne auf einer römischen oder kanonischen Wurzel zu beruhen: denn in den Schriften der Juristen jener Zeit finden wir diesen Gegenstand nicht bearbeitet, und nur nach und nach wird es von ihnen beläufig, als Particularrecht, erwähnt. Es ist daher eine eigne Bildung in der Praxis der Gerichte [36]), deren Grund zu suchen ist in dem Sinken des bis dahin geltenden Accusations-Princips und in dem Gefühl, daß von Staatswegen Anstalten getroffen werden müßten, um die Verbrechen zu verfolgen. Diese Umstände haben eben so sehr die Erfindung und Aufstellung der öffentlichen Ankläger, als andererseits die bereitwillige Annahme des von dem kanonischen Recht dargebotenen Inquisitionsprocesses befördert. Weil aber diese neue Einrichtung der Procuratoren nicht aus der römisch-kanonistischen Jurisprudenz hervorgieng, welche damals ein Gemeingut für einen großen Theil von Europa war, so ist sie in den verschiedenen Europäischen Ländern nur particularrechtlich und in ihrem Wesen verschieden. Wir dürfen daher, ohne auf andere Länder specielle Rücksicht zu nehmen, jetzt weiter fragen, wie die öffentlichen Ankläger in Deutschland erscheinen. Wir finden sie hier im vierzehnten Jahrhundert, als Kläger von Amtswegen [37]), namentlich in Fällen, wo kein Kläger auftreten

---

35) Beiträge S. 76. 77. 140—144. 192—215.
36) Beiträge S. 210.
37) Beiträge S. 140—144. Unger altdeutsches Gerichtsverfahren S. 143—146. Bluntschli Züricher Staats- und

konnte, z. B. wenn ein elender Mann erschlagen wurde [38]), welcher also an dem Orte seines Aufenthaltes keine Angehörigen hatte. Daß dieses Institut in Deutschland festen Fuß gefaßt hatte, ergeben [39]) die auf den vorhandenen Gerichtsbrauch gegründete Bambergensis und die derselben nachgebildete Carolina. Diese beiden Gesetzgebungen haben den Inquisitionsproceß zwar zugelassen und einige dürftige Bestimmungen dafür gegeben, dagegen aber den accusatorischen Proceß mit großer Sorgfalt und Genauigkeit durchgeführt, und zwar in der Art, daß sowohl Privatankläger, als Kläger von Amtswegen vorausgesetzt werden [40]). Unter diesen Umständen war also damals zu erwarten, daß, weil die Privatankläger immer seltner wurden, der accusatorische Proceß mit öffentlichem Ankläger in Deutschland die gewöhnliche Form werden würde. Von Hessen-Kassel, Hessen-Darmstadt, und mehreren andern deutschen Ländern läßt sich dieß wirklich nachweisen [41]). Aber

Rechtsg. I. S. 202. 243. 405. Zöpfl Bamberger Recht S. 127. 135.

38) Beiträge S. 142. Unger S. 145. Bamberger Stadtrecht §. 163.

39) Auch eine Stelle in Brant Klagspiegel. Beiträge S. 148. Not. 7.

40) Beiträge S. 142.

41) Beiträge S. 143. 144. Das Pfälzische Landrecht von 1582. Th. V. Tit. 6. und das Badische Landrecht Th. V. Tit. 6. haben Information und darauf Anklage durch den Malefizprocurator nach Mittermaier N. Archiv IX. S. 67. Die Hessen-Darmstädtische peinliche G. O. von 1726 hat Generalinquisition und fiscalische Anklage nach Müller Criminalproceß S. 10. Not. 5. Auch die Auszüge aus Hexenprocessen in

in den mehresten deutschen Ländern hatte die Italiänische Jurisprudenz damals bereits Eingang gefunden und den von ihr bearbeiteten kanonischen Inquisitionsproceß mitgebracht, so daß die mehr im deutschen Sinn gearbeitete peinliche Gerichtsordnung gleich von Anfang sehr zurückgesetzt wurde [42]). In Kursachsen z. B. findet sich eine Anerkennung der P. G. O. erst gegen das Ende des sechzehnten Jahrhunderts vor [43]), während kurfürstliche Rescripte vom Jahr 1579 den Inquisitionsproceß, als etwas schon längere Zeit im Lande Gebräuchliches darstellen [44]). Zu Carpzovs Zeiten stand daher in Kursachsen die Sache so, daß neben dem Inquisitionsproceß noch der accusatorische Proceß mit Privatankläger galt, aber der öffentliche Ankläger oder Fiscal nicht im Gebrauch war [45]). In manchen deutschen Ländern dagegen hat sich der fiscalische Anklageproceß bis in das neunzehnte Jahrhundert gehalten [46]). Auf diesem Wege ist also in Deutschland das Verfahren mit einem öffentlichen Ankläger, welches alten Gebrauch und die Reichsgesetzgebung für sich hatte, hintan gesetzt worden: nur in den Fiscalen für landesherrliche Interessen haben sich dürftige Spuren erhalten.

---

v. Jagemann Zeitschr. für d. Strafverf. III. 3. bieten Belege dafür.

42) Beiträge S. 150. 151.

43) Beiträge S. 150. Not. 10. In den Consultationen der Constitutionen ist aber die P. G. O. benutzt.

44) Beiträge S. 171.

45) Carpzov Practica Qu. CIII. n. 15. CIV. n. 6. 7. Beiträge S. 144. 168. Hommel crimin. Blätter S. 162.

46) Beiträge S. 144. Not. 100.

Diese historische Darstellung ergiebt also, daß Deutschland auf dem Wege war, seinen Criminalproceß als accusatorischen mit Klägern von Amtswegen auszubilden [47]), jedoch durch das Eindringen der Italiänischen Jurisprudenz der kanonische Inquisitionsproceß nach und nach die Oberhand gewann. Es ist daher klar, daß die Geschichte das Verfahren mit einem öffentlichen Ankläger, als eine ursprünglich deutsche selbstständige Bildung empfiehlt. Man könnte einwenden, daß dieß also ein Rückschritt um mehrere Jahrhunderte wäre, oder daß man auf diesem Wege die Proceßform der spanischen berüchtigten Ketzerinquisition einführte. Dergleichen Argumente treffen aber nicht das Wesen der Sache.

In Hinsicht des Proceßganges selbst könnte man daran denken, daß die in der P. G. O. für den accusatorischen Proceß gegebenen Vorschriften vor allen Dingen zu berücksichtigen wären. Sie passen aber schon darum nicht, weil sehr vieles auf die Tortur berechnet ist, welche man aus dem Römischen Rechte bereits im Mittelalter in den deutschen Accusationsproceß aufgenommen hatte. Ueberdieß entsprechen sie, als rein accusatorischer Proceß, nicht dem Inquisitionsprincip, welches wir jetzt befolgen, und der aus dessen Ausbildung hervorgehenden Anforderung, daß die einzelnen Stadien des Processes scharf von einander zu trennen sind. Der Accusationsproceß fängt mit der Klage an und es ist die Sache des Anklägers, vorher zu überlegen, ob er Mit-

---

47) Beiträge S. 7. 210.

tel genug habe, die Anklage durchzuführen oder wenigstens der Strafe ungerechter Anklage zu entgehen. Anders verhält sich die Sache, wenn das Inquisitionsprincip auszuführen, also möglicher Weise alles, auch Unklares, zu verfolgen ist. Hier ist allemal vorher zu untersuchen, ob genügender Grund sey, gegen einen Bestimmten, als Angeschuldigten zu verfahren (inquisitio generalis). Ist solcher Grund vorhanden, so tritt gegen den Verdächtigen die inquisitio specialis ein, welche im kanonischen Recht mit den capitula [48]), in der italiänischen Praxis mit der forma, charta, libellus inquisitionis [49]), in der deutschen Praxis mit den articuli inquisitionales ihren Anfang nimmt. Diese Specialinquisition ist aber in der deutschen Praxis seit Brunnemann nach und nach [50]) in zwei Theile zerlegt worden, indem man erkannte, daß auch gegen den bestimmten Inculpaten zwei Stadien zu unterscheiden. Das eine ist vorbereitend und allmählig Geständniß und Beweismittel sammelnd (inquisitio summaria); das andere bringt dieß in Zusammenhang und die legale Form der Artikel (inquisitio specialis im engeren Sinn). Auf diesem sehr richtigen Standpunct, daß die Inquisition in drei Stadien, als generalis, summaria und specialis im engeren Sinn ihre Vollendung erreiche, befand sich die Praxis in der Mitte des achtzehnten Jahrhun-

---

48) Beiträge S. 50.

49) Beiträge S. 105. 107. 115.

50) Beiträge S. 176—190 enthalten die genaueren Angaben darüber.

derts, ohne jedoch recht scharf diese Stufen zu unterscheiden. Man gieng aber noch weiter, indem die irrige Ansicht [51]), daß die Specialinquisition infamire, wünschenswerth machte, in geringeren Sachen ohne dieselbe die Strafe zu erkennen. Für diesen Zweck vereidete man die Zeugen in der summarischen Untersuchung, welche bis dahin ohne Eid vernommen worden waren, und ließ in der Specialinquisition die articulirte Vernehmung der Zeugen weg. Die Folge war, daß nunmehr die summarische Untersuchung vollständig die nöthigen Beweise enthielt und der Specialinquisition nur die articulirte Vernehmung des Inquisiten, als bloße Form und feierliche Wiederholung übrig blieb [52]), welche man deshalb auf die bedeutendsten Verbrechen beschränkte.

---

51) Beiträge S. 179. Not. 65. Müller Criminalproceß S. 419. Not. 18.

52) Hier, wo von einer irrigen Richtung der gemeinschaftlichen Praxis die Rede ist, wird es vergönnt seyn, in einer Note auf eine andere falsche Ansicht der Praxis aufmerksam zu machen, deren Besprechung eigentlich nicht in diese Abhandlung gehört, weil der zu rügende Fehler eben so wohl im Inquisitionsproceß, als in dem Verfahren mit einem Staatsanwald eintreten kann. Es ist dies die willkührliche Ausdehnung der Untersuchung auf alle mögliche Vergehen des Inculpaten, worüber Mittermaier im Neuen Archiv des Crimin. R. Bd. III. S. 541—557. gediegene Ermahnungen ausgesprochen hat. In der älteren Zeit, wo man nur zwei Stadien der Untersuchung hatte, generalis und specialis, waren darüber gesetzliche Vorschriften vorhanden. Nach dem kanonischen Inquisitionsproceß mußten dem Inculpaten gleich zu Anfang die capitula vorgelegt werden, über welche inquirirt werden sollte, und wenn die befragten Zeugen noch andere Vergehen des Inculpaten aussagten, durften diese nicht zur Berücksichtigung kommen. Aehnliches findet sich in der P. G. O. und deutschen Praxis (Beiträge S. 159. Not. 31.). Jetzt aber, wo

Wenn es nun gilt, den Proceßgang mit einem Staatsanwald zu bestimmen, so wird bei diesem Verfahren, welches immer auf dem Inquisitionsprincip beruht, der Standpunct, welchen die gemeinrechtliche Praxis in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts einnahm, ehe noch die Specialinquisition zu einer bloßen Form herabgesetzt wurde, als zweckmäßige Grundlage dienen. Indeß sind dabei zwei Fragen vorläufig zu beantworten, erstlich ob der Staatsanwald in der Form eines Anklägers thätig seyn soll oder in der eines promovens inquisitionem [53]); zweitens, wann die Thätigkeit des Staatsanwaldes ihren Anfang nehmen soll, ob mit dem ersten oder dem zweiten, oder erst mit dem dritten Stadio des Criminalprocesses. Die erste Frage ist aus dem historischen Standpunct leicht zu entscheiden. Weil nämlich in Deutschland im Mittelalter und im sechzehnten Jahrhundert nur ein förmlicher Kläger von Amtswegen anerkannt wird, und seitdem, wo der Fiscal angenommen wurde, ein articulirter Klaglibell üblich war, so folgt daraus, daß wir

---

ein mittleres Stadium, als unbestimmte summarische Untersuchung hinzugekommen ist, fällt es schwer, eine gesetzliche Gränze zu bestimmen, welche aber doch nothwendig ist, um eine feste Grundlage zu haben. Die verschiedenen Gesetzbücher haben darüber verschiedene Ansichten. Das Beste scheint, auf das kanonische Recht zurückzugehen, daß durch das Decret, welches die Versetzung in Untersuchung feststellt, auch die Vergehungen, auf welche inquirirt werden soll, bestimmt werden. Ueber das, was sich nachher noch vorfindet, müssen jederzeit besondere Verfügungen getroffen werden.

53) Das letztere war in Frankreich der Fall vor der Revolutionszeit (Beiträge S. 205. 207.); das erstere in Spanien, der spanischen Ketzerinquisition und Portugall (Beiträge S. 77. 208. 209.).

dem Staatsanwald die Stellung, als öffentlicher Ankläger, im Allgemeinen zuschreiben müssen. Die zweite Frage hat größere Schwierigkeit. Doch halte ich dafür, daß das erste Stadium, die Aufsuchung der Spuren eines begangenen Verbrechens und des unbekannten Thäters, oder die Verfolgung und Festhaltung eines bekannten Verbrechers, wie bisher der Polizei und dem Criminalrichter ohne Mitwirkung eines Staatsanwaldes überlassen bleiben müsse. Eben so gewiß ist es, daß bei dem dritten Stadio, der specialis, der Staatsanwald als öffentlicher Ankläger mit seiner Anklage das Verfahren begründen und einleiten muß. Aber in Ansehung des zweiten Stadii, der im gemeinen Recht sogenannten summarischen Untersuchung, wo gegen den Geständigen die näheren Umstände der That ins Klare zu bringen, gegen den Leugnenden die Beweise zu sammeln sind, kann man zweifelhaft seyn, ob hier der Richter allein inquiriren oder in Gemeinschaft mit dem Staatsanwald wirken soll, welcher letztere hier nur als promovens inquisitionem [54]) erscheinen würde. Nach meinen hierin sehr unvollständigen Sammlungen [55]) scheint es, als ob die Form, wo der Richter erst inquirirt und am Schluß der Fiscal zur Anklage excitirt wird, allein in Deutschland die gewöhnliche gewesen sey, und sie repräsentirt allerdings die einfachste Gestaltung, daß auf eine rein inquisitorische Grundlage ein accusatorisches Criminalverfahren am Schluß eintritt

54) Beiträge S. 58. 60. 82. 84. 87.

55) Siehe oben Note 40.

tritt. Die Entstehung dieser gemischten Proceßform, welche sich im sechzehnten Jahrhundert in mehreren deutschen Ländern entwickelt hat, ist leicht zu erklären. Zu dem Klagen von Amtswegen bedurfte man einer vorhergehenden Begründung, und diese entnahm man aus der Inquisition des Richters, welche von der P. G. O. ebenfalls anerkannt war. Wo man aber von Seiten des Gerichts geneigt war, dem Inquisitionsproceß den Vorzug zu geben, wurde man schon durch die Analogie und Vorschrift der Art. 8. 9. der P. G. O. genöthigt, das inquisitorische Verfahren mit einem accusatorischen Actus, dem endlichen Rechttage, zu schließen, welcher allerdings bloße Form war. Sehr leicht konnte daher die Achtung gegen die hergebrachte Form der Anklage, welche sogar einzelne Protestationen gegen den Inquisitionsproceß hervorrief [56]), veranlassen, zum Schluß des inquisitorischen Verfahrens wirklich accusatorisch mit Urthel und Recht zu procediren [57]). Die andere Form, wo im zweiten

56) Henke Gesch. d. peinl. R. I. S. 173. 174. Malblanc Gesch. d. P. G. O. S. 66.

57) In Ansehung der Form, welche in diesem accusatorischen Proceß mit einem Fiscal beobachtet wurde, ist zu bemerken, daß dieß gewöhnlich in einem dem Civilproceß ähnlichen Verfahren mit Schriftwechsel bestand (z. B. in dem Pfälzischen und Badischen Landrecht nach Mittermaier N. Arch. d. Crim. R. IX. S. 67., ferner in den Friedberger Hexenprocessen in v. Jagemann Zeitschr. für Strafv. III. 3. auch in der P. G. O. Art. 70—73.). Von diesen Formen, welche dem reinen schriftlichen Accusationsproceß angehören, können wir jetzt allerdings keinen Gebrauch machen, indem sie nicht die Möglichkeit bieten, den Richtern unmittelbar Einsicht in die Sache zu verschaffen: wir verlangen jetzt ein mündliches inquisitorisches Verfahren mit accusatorischen Formen.

Stadio der Staatsanwald als promovens inquisitionem mitwirkt, ist in Deutschland nicht historisch begründet, wohl aber in Frankreich, wo vom vierzehnten Jahrhundert bis zur Revolutionszeit der procureur nur diese Stellung hatte, nicht die eines öffentlichen Anklägers [58]). Die Grundlage zu dieser Ansicht ist in dem Denunciationsproceß des kanonischen Rechts zu suchen. Uebrigens lassen sich gegen die Art und Weise, wie der procureur mitwirkt, sowohl im alten als im neuen französischen Processe mancherlei Ausstellungen machen, und es wird immer schwer bleiben, ein richtiges Verhältniß aufzufinden.

Es ist nunmehr in der Kürze zu betrachten, wie demnach das Criminal-Verfahren sich gestalten wird. In dem ersten Stadium würden also, wie bei jeder Inquisition von Seiten des Criminalrichters die vorbereitenden Schritte geschehen, welche es möglich machen gegen einen Bestimmten, als den Verdächtigen zu verfahren. Abschließen wird sich dieses mit einem richterlichen Decret, daß der Verdächtige in Untersuchung zu ziehen und auf welche Gegenstände die Untersuchung zu richten sey. In dem zweiten Stadio wird der Richter auf inquisitorischem Wege den Thatbestand, für welchen die Voruntersuchung bereits gewirkt hat, vollends feststellen, und nach den Umständen, ob geleugnet oder gestanden wird, die Beweismittel aufsuchen und sammeln. Ist dieß nach Möglichkeit durchgeführt, so wird ein richterliches Decret einer

---

58) Beiträge S. 200. 201. 205. 207.

Oberbehörde entscheiden, ob dem Verdächtigen der Criminalproceß zu machen sey oder nicht. In dem dritten Stadio wird die Anklage des Staatsanwaldes mit einem bestimmten Strafantrage der vollständigen und definitiven Schlußverhandlung zum Grunde liegen. Sollte aber dem Staatsanwalde bereits im zweiten Stadio eine Mitwirkung eingeräumt seyn, so würde er zuerst über die Versetzung in Untersuchung seine Anträge zu machen haben, ferner im Laufe der Untersuchung wegen der Captur, der Punkte, worauf zu inquiriren, der Zeugen, welche zu vernehmen u. s. w. Am Schluß wäre er noch darüber zu hören, ob die Sache sich zum förmlichen Criminalproceß eigne. Auf diese Weise entwickelt sich durch innere Nothwendigkeit und Analogie des gemeinrechtlichen Verfahrens ein dreifaches Stadium des Criminalprocesses, und jede Stufe wird durch ein richterliches Decret bezeichnet seyn. Bei Ergreifung auf handhafter That wird die erste Stufe sich sehr abkürzen; im Allgemeinen bleiben aber in allen Fällen die drei Stufen nothwendig begründet.

Eins ist aber noch besonders zu erinnern in Bezug auf die Zulassung eines Vertheidigers. In dem dritten Stadium des Processes, wo dem Angeschuldigten der Staatsanwald förmlich als öffentlicher Ankläger gegenübersteht, ist ohne Zweifel ein rechtskundiger Beistand als Vertheidiger nicht zu verweigern. Schwieriger ist die Frage für das zweite Stadium, wo der Angeschuldigte dem inquirirenden Richter oder auch dem Staatsanwald gegenüber steht. Da wir jedoch dem inquiri-

renden Richter die Thätigkeit eines öffentlichen Anklägers zugeschrieben haben, was noch unbedingter der Fall ist bei dem Staatsanwald, wenn er in dieser Stufe des Processes zugezogen wird, so ist es klar, daß dem Angeschuldigten verstattet seyn muß, gegen diese rechtskundigen Gegner nach Analogie der altdeutschen Sitte [59]) sich,

---

59) Der Begriff eines Vertheidigers, wie wir ihn heut zu Tage haben, ist germanischen Ursprungs. Im Römischen Recht, wie es uns durch Justinian überliefert worden ist, findet sich nichts Ausgebildetes für die Vertheidigung vor, obgleich in den Advocaten der Gerichte (Geib, römischer Criminalproceß S. 602) ein dazu geeignetes Personal existirte. Der accusatorische Proceß des ältern kanonischen Rechtes hat ebenfalls nichts, denn c. I. C. IV. qu. 4. ist aus einer Pseudo-Isidorischen Decretale, also im neunten Jahrhundert im fränkischen Reiche unter Einfluß germanischer Begriffe entstanden. (Man könnte diese Stelle auf ein von Baluze herausgegebenes Capitulare 744. c. 18. in Georgisch C. J. Germ. p. 497. zurückführen, wenn nicht dieses Capitular als unächt erschiene, weshalb es in Pertz monumenta nicht aufgenommen ist.) Der kanonische Inquisitionsproceß hat zwar den Einwendungen des Angeschuldigten freien Spielraum gelassen (Beitr. S. 50. 51.), aber nichts von einem assistirenden Vertheidiger. Streng genommen liegt es sogar in der Natur dieses Processes, daß kein gesonderter Vertheidiger eintritt. Wegen dieser Mangelhaftigkeit der vorliegenden Rechtsquellen haben die Italienischen Juristen von Durantis und Gandinus an bis auf Julius Clarus die Zulassung eines Vertheidigers immer als einzelne Ausnahmen von dem Römischen Grundsatz behandelt, zufolge dessen ein Procurator in Criminalsachen unzulässig ist. Das deutsche Recht hat dagegen von ältester Zeit an und im ganzen Mittelalter den Grundsatz, daß sowohl der Ankläger, als der Angeschuldigte sich von Anfang an einen rechtskundigen Fürsprecher erwählen oder erbitten dürfen, damit nicht etwas aus Unkenntniß versäumt oder der Sache vergeben wird: auch wurde dadurch der Wandel der Rede versichert. Die P. G. O. hat diesen germanischen Begriff ebenfalls in ihren accusatorischen Proceß aufgenommen, Art. 47. 73. 88. 90. Carpzov in der Practica Qu.

und zwar gleich von Anfang, einen Fürsprecher, einen Vertheidiger zu erbitten, damit er nicht aus Unkenntniß sich etwas vergebe oder versäume. Der französische Criminalproceß läßt einen Vertheidiger nur zu, sobald der Angeschuldigte dem Procurator, als Angeklagter gegenüber steht, also in dem letzten Stadio des Processes. Es läßt sich dafür sagen, daß das zweite Stadium nur vorbereitende Untersuchung ist und erst das dritte der eigentliche Criminalproceß. Indeß wird man niemanden billiger Weise einen Rechtsbeistand verweigern können, um sich gegen unbegründete Gefangenhaltung zu vertheidigen oder um das Eintreten des Criminalprocesses abzuwenden (defensio pro avertendo carcere, pro avertenda inquisitione speciali): außerdem können auch mit dem Verlauf der Zeit manche Vertheidigungsmittel verloren gehen. In der praktischen Ausführung dieses Vorschlags [60]) wird aber zu vermeiden seyn, daß nicht

---

CV. CXV. hat den Gegenstand mit seiner gewohnten Gründlichkeit behandelt. Er läßt im Inquisitionsproceß Vertheidigung durch einen Advocaten zu, wofür die Erledigung der Landesgebrechen von 1612 (Cod. Aug. I. p. 167.) einen Anhalt bot. Er gestattet sie zu jeder Zeit im Laufe des Processes, auch zu wiederholten Malen, selbst vor der Beantwortung der Inquisitionsartikel. Wie in der neuern Praxis und den neuern Gesetzen dagegen dem Vertheidiger nur am Schluß der Untersuchung Zutritt gestattet wird, ist bekannt. In dem Oesterreichischen Gesetzbuch über Verbrechen §. 337. wird sogar dem Angeschuldigten die Zuziehung eines Vertheidigers gänzlich verweigert. (In England ist für die Felony-Fälle, also die wichtigsten Verbrechen, erst 1836 ein Anwalt zur Vertheidigung vor den Geschwornen verstattet worden, denn die Jury galt als Vertheidigungsmittel. Beiträge Seite 294. 302.)

60) Der revidirte Entwurf der preuß. Crim. Ordn. 1841.

mißbräuchlicher Weise der Vertheidiger die Untersuchung zu verwirren oder in ihrem Gange zu hindern die Macht habe. Ein Mittel dazu wird vielleicht seyn, wenn das Gesetz die Handlungen bestimmt, zu welchen regelmäßig der Vertheidiger zuzuziehen wäre: außerdem aber dem verhafteten Angeschuldigten frei stünde, durch einzelne bei dem Richter gemachte Anträge eine specielle Thätigkeit des Vertheidigers zu veranlassen.

B. Der zweite in neuerer Zeit gemachte reformatorische Vorschlag ist, daß das Urtheil, so weit es die Thatfrage betrifft, nicht von angestellten rechtskundigen Richtern, sondern von Geschwornen aus dem Volke gesprochen werde. Um diesen Vorschlag zu prüfen, wird es vor allen Dingen nöthig seyn, den juristischen Charakter des Geschwornen-Gerichts festzustellen. In England hat man eine doppelte Jury und, weil ihre Bedeutung sich im Laufe der Zeit modificirt hat, wird man dieselbe nur an der Hand der Geschichte darstellen können. In Frankreich hat man nur eine Jury [61]): eine Geschichte hat sie nicht, welche in das Alterthum hinaufreichte, sie ist eine Schöpfung der Revolution nach Englischem Vorbilde. Von dieser letztern kann aber hier allein die Rede seyn, weil nur allein diese bei dem gemachten Vorschlage ins Auge gefaßt ist. Der juristische

---

§. 214. 223. 288. 319. erfordert die Gegenwart des Vertheidigers bei den Zeugenverhören, dem Schlußverhör und der in einzelnen Fällen eintretenden Verhandlung vor dem erkennenden Gericht und gestattet demselben thätige Theilnahme.

61) Die jury d'accusation ist bei der Abfassung des code d'instruction criminelle im Jahr 1808 abgeschafft worden.

Charakter derselben läßt sich auf folgende Punkte reduciren:

a. Der Angeschuldigte wird gerichtet von angesehenen Bürgern aus dem Volke, welche aus einer Liste durch das Loos und durch Recusationen bestimmt werden.

b. Ihrem Urtheile ist blos die Thatfrage unterworfen, welche aber zugleich die Qualification des Verbrechens nach der Kunstsprache der Gesetze und die juristische Imputabilität zur Schuld in sich begreift.

c. Ihr Spruch kann nur Ja oder Nein seyn, schuldig oder nicht schuldig. Der in neuerer Zeit zugestandene Zusatz der circonstances atténuantes ist eine Verletzung des Grundprincips, welche aber durch gemachte Erfahrungen nothwendig wurde.

d. Sie sprechen nur auf ihr Gewissen, ohne Gründe anzugeben: daher gilt ihr Spruch als Stimme des Volkes, als Gottesgericht, und entscheidet definitiv ohne Zulassung eines Rechtsmittels. Ebendeshalb ist auch ihre Berathung geheim, während z. B. bei den altdeutschen Schöppen die Abstimmung öffentlich war [62]).

---

62) Wenn in Rechtsstreiten ein Urtheil zu finden war, wurde gewöhnlich die Abstimmung öffentlich von den Einzelnen ausgesprochen: überhaupt war das Urtheil sitzend zu finden. In andern Angelegenheiten z. B. dem Rügen, den Weisungen über Rechtsgewohnheiten oder Gerechtsame, den Erklärungen einer Gemeinde über Zumuthungen oder Verträge kommen geheime Berathungen vor, außerhalb des Ringes, deren Resultat collectiv

Daß in England und Frankreich die Jury nur bei der höchsten Classe der Verbrechen angewendet wird, ist nichts wesentliches [63]), indem dem Begriffe nach alle Verbrechen vor die Jury kommen könnten: nur die Polizei-Contraventionen würden ausgeschlossen bleiben. Eben so wenig könnte die Entscheidung durch Majorität der Stimmen oder durch Einstimmigkeit in die Charakteristik aufgenommen werden: denn sie beruht auf der Bedeutung, welche dem Volksgericht durch Geschworne zum Grunde liegt. Ist es ein Zeugniß der Gemeinde, so ist Einstimmigkeit nothwendig: ist es ein Urtheil, so gilt Mehrheit der Stimmen.

Es kommt nunmehr darauf an, die juristischen Gründe für und wider das Geschwornengericht zu erwägen. Für die Jury ist angeführt worden: 1) daß sie eine Erneuerung des altdeutschen Schöppengerichtes sey, indem die Schöppen ebenfalls Männer aus dem Volke waren und über die Schuld richteten. Diese letzteren Behauptungen sind aber irrthümlich. Die Schöppen waren Männer aus dem Volke, aber sie wurden gerade als Rechtskundige berufen, denn das Recht zu weisen, war ihr Geschäft [64]). Ferner hatten sie, sowohl die Karolingischen

---

ausgesprochen wird. Maurer öffentl. Ger. Verf. S. 191—194. 229—234. Grimm Rechtsalt. Seite 786—791. Die Gloße zu Sachsensp. I. 58. nennt dies Acht: in den Goslarischen Statuten wird die geheime Berathung einer Parthei (Sachsensp. I. 62. 9.) eben so genannt. Göschen Gosl. Stat. S. 436.

63) So hat man auch in der deutschen Praxis die Specialinquisition auf die höchsten Verbrechen beschränkt.

64) Daher sind zuweilen im Mittelalter die Schöppen ver-

Schöppen, als die des Mittelalters, über die Thatfrage nicht zu urtheilen, weil diese nach dem damaligen Proceß in gewisser formeller Weise entschieden wurde[65]): sie hatten nur über die Proceßleitung und die Strafe ihr Gutachten zu geben[66]); 2) daß die Geschwornen auf überzeugende Anzeigen die volle Schuld aussprechen könnten, wo man in gemeinem Rechte nur die gewiß unzweckmäßige außerordentliche Strafe diktiren könne. Dieser Grund gilt aber nur gegen die Theorie des gemeinen Rechtes, daß man wegen des Art. 22. der P. G. O. auf Anzeigen die ordentliche Strafe nicht verfügen dürfe. Diese Theorie ist aber irrig: der angeführte Art. 22. ist nur auf die Tortur gestützt und mit derselben ungültig. Es tritt daher das Römische Recht wieder in Kraft, wo Condemnation auf unzweifelhafte Indicien angeordnet ist, mit Ausnahme der Capitalstrafen; 3) daß durch die Einführung der Geschwornengerichte das ängstliche Abmühen nach dem Geständnisse unnöthig gemacht wird. Dieser praktische Vortheil läßt sich nicht ableugnen: doch ist zu bemerken, daß ein Geständniß, welches Umstände angiebt, die kein Unschuldiger also wissen konnte, immer die höchste Garantie gegen Verurtheilung eines Unschuldigen bietet; 4) daß die große Werthschätzung dieser Einrichtung in den Ländern, wo sie eingeführt ist, für ihre Zweckmäßigkeit spreche. Es ist aber z. B. von Eng-

---

schwunden, wenn man ein geschriebenes Rechtsbuch hatte. Beiträge S. 129. Not. 40. Buchner öffentl. Ger. Verf. S. 186.

65) Eichhorn deutsche St. u. R. Gesch. §. 76. 382. 459. 620. Not. g.

66) Beiträge S. 121—127. 137.

land gewiß, daß man von der Mangelhaftigkeit dieser Einrichtung, als Mittel die Justiz zu administriren überzeugt ist, daß man sie jedoch als ein Palladium der bürgerlichen Freiheit, als ein Spiegelbild der Volkssouverainität ansieht, und deshalb um keinen Preis missen möchte. Diese Gründe sind aber auf Deutschland nicht zu übertragen.

Gegen die Jury kann angeführt werden 1) daß es Männern aus dem Volke, welche nicht Juristen sind, schwer fallen muß, in verwickelten Sachen zu folgen und das Entscheidende herauszufinden. Sie werden sich hauptsächlich auf das Resumé des Präsidenten verlassen müssen, wenn sie nicht vorziehn, sich durch ein Vorurtheil leiten zu lassen; 2) daß in der Thatfrage zwei schwierige Rechtsfragen liegen, deren Entscheidung juristische Kenntnisse voraussetzt; 3) daß ihr Spruch keine Modificationen zuläßt, während häufig besondere Umstände die That weniger schuldhaft erscheinen lassen oder ihr eine mildere Qualification ertheilen; 4) daß sie keine Gründe angeben, also niemand wissen kann, ob nicht Vorurtheile oder andere Einflüsse die Entscheidung dictirt haben; 5) daß der Spruch der Geschwornen seiner Natur nach alle Rechtsmittel, also die zweite Instanz in Criminalsachen ausschließt, welche in Deutschland bisher bestanden hat und immer als etwas Vorzügliches anerkannt wurde; 6) daß die Geschwornen als Männer aus dem Volk, als einfache Bürger, in solchen Fällen, wo die öffentliche Stimme voreilig abgeurtheilt hat, nicht leicht sich von solchen Vorurtheilen frei erhalten werden.

Diese Gründe scheinen überwiegend darzuthun, daß die Einführung der Geschwornengerichte für deutsche Länder nicht zu empfehlen ist, und es dürfte schwer seyn, eine Modification des Geschwornengerichtes zu erfinden, welche von den gerügten Uebelständen frei wären. Dennoch könnte vielleicht in einem Punkte eine Entscheidung durch Geschwornen wünschenswerth seyn, nämlich in den Fällen, wo jüngeres Alter, heftig aufgeregte Leidenschaften, Geistesverwirrung die Imputationsfähigkeit zweifelhaft machen. Die Richter, welchen man im Geiste der neueren Zeit diese Berücksichtigung zur Pflicht gemacht hat, sind dadurch mit ihrem Gewissen, welches feste Grundlagen verlangt, in Verlegenheit gekommen und haben deshalb ihre Zuflucht zu den Aerzten genommen. Diese letzteren haben aber mit ihren physiologischen und naturphilosophischen Ansichten öfters Gutachten hervorgebracht, welche dem Richter wider seine bessere Ansicht die Hände binden. Sollte es nicht möglich seyn, in manchem dieser Fälle, wo es auf eine rein menschliche Beurtheilung ankommt, durch ein Geschwornengericht, dessen Personal der Denkungsart und den Verhältnissen des Angeschuldigten näher stände, die Imputabilität entscheiden zu lassen? In Frankreich hat man für den Fall von jüngeren Verbrechern die Frage: l'accusé a-t-il agi avec discernement? und in der neu eingeführten Zulassung der circonstances atténuantes liegt ein ähnliches Element verborgen, wiewohl andere Gründe diese Einrichtung hervorgerufen haben.

C. Der dritte reformatorische Vorschlag ist Oeffent-

keit der gerichtlichen Verhandlungen. Hier ist vor allen Dingen klar, daß nicht alle gerichtlichen Verhandlungen auf offnem Markte vorgenommen werden können, und die Oeffentlichkeit einer näheren Begrenzung unterliegen muß. Oeffentlichkeit fordern heißt den Grundsatz aufstellen, daß jeder, welcher durch Recht oder Pflicht sich zu legitimiren im Stande ist, verlangen kann, vollständig und unmittelbar von der Sachlage unterrichtet zu werden. Diese Nothwendigkeit läßt sich schwerlich leugnen und zeigt sich in verschiedenen Beziehungen.

Zuerst findet sie sich gegenüber dem Angeschuldigten selbst, welcher ohne Zweifel ein Recht hat, sobald als möglich vollständig unterrichtet zu seyn. Schon der kanonische Inquisitionsproceß schreibt vor, daß gleich zu Anfange der Inquisition ihm die Punkte, über welche inquirirt werden solle und die nomina et dicta testium vorzulegen sind [67]). Es wäre sogar zu empfehlen, daß es zur Regel gemacht würde, den Angeschuldigten mit den Zeugen, sowohl welche gegen als welche für ihn aussagen, zusammenzustellen. Die Confrontation ist bisher mit Unrecht als eine außerordentliche Maaßregel betrachtet worden, nur ist bei ihrer Anwendung darauf zu sehen, daß nicht der Richter dadurch Collusionen zwischen dem Angeschuldigten und den Zeugen herbeiführe.

---

67) Das Gehässige der spanischen Ketzerinquisition bestand hauptsächlich darin, daß man gegen diese kanonischen Vorschriften handelte (Beiträge S. 72. 191.). Eine ganz ähnliche Unbilligkeit findet sich in dem Baierschen Strafgesetzbuch von 1813. Theil II. Art. 157. 158. Vergl. N. Archiv d. Crim. R. III. S. 173. IV. S. 436.

Zweitens ist die Oeffentlichkeit in Bezug auf die Urtheiler zu betrachten. Aus ihrer Pflicht geht die Berechtigung hervor, vollständig und unmittelbar instruirt zu seyn; sie müssen also den Gerichtsverhandlungen beiwohnen, die Personen, welche sie psychologisch beurtheilen sollen, selbst sehen. Eine nähere Ausführung ist schon oben gegeben worden, so daß also hier nur das Verhältniß zu den von uns angenommenen drei Stadien des Processes in Betracht zu ziehen ist. Es würden also die Urtheiler nicht zugegen seyn bei der vorläufigen Einleitung, nicht bei der vorbereitenden sich allmählig entwickelnden Untersuchung. Sie würden aber zugegen seyn bei der zusammenhängenden übersichtlichen Schlußverhandlung, welche mit der Klage des Staatsanwaldes eröffnet wird, und die Leitung dieser Verhandlung wird zweckmäßig dem Vorsitzenden der Urtheiler anvertraut werden können, welcher aus den Protocollen der vorhergehenden Untersuchung und dem Anklageakt selbst in der Sache instruirt ist.

Man könnte dagegen einwenden, daß dieß eine unzulässige Vereinigung des untersuchenden und erkennenden Richters wäre. Indeß ist immer eine Untersuchung durch Andere vorausgegangen und durch den darauf gegründeten Anklageakt repräsentirt. Dem urtheilenden Collegium aber muß wohl vergönnt werden auf seinem Wege die Wahrheit zu suchen [68]). Ferner könnte man einwen-

68) Dieß ist so unbedingt wahr, daß der urtheilende Richter sogar berechtigt ist, ohne specielle Veranlassung des Anklägers oder Vertheidigers, auf Punkte, welche ihm entscheidend scheinen, seine

den, daß den Urtheilern auf diese Weise doch der erste Eindruck von dem Verhalten des Angeschuldigten und der Zeugen nicht vorgeführt wird, indem diese schon vor Gericht gestanden haben und bereits wissen, worauf es hauptsächlich ankommt. Ueberdieß lehrt die Erfahrung, daß Angeschuldigte und Zeugen, sowohl Männer als Frauen, häufig durch Anzug und Haltung sich in der öffentlichen Sitzung ganz anders darstellen, als sie gewöhnlich erscheinen. Jedoch reichen diese Umstände nicht hin, um die oben angeführten dringenden Gründe zu widerlegen: es wird immer unmöglich bleiben, alles dem Richter vorzuführen; sonst könnte man auch prätendiren, ihn im Augenblicke der Captur oder gar bei der Thathandlung selbst gegenwärtig zu sehen.

Drittens ist die Oeffentlichkeit gegen das Publicum in Betracht zu ziehen. Daß bei den vorbereitenden Stadien des Processes das Publicum nicht zuzulassen ist, kann nicht bezweifelt werden, weil in schwierigen Untersuchungen die Resultate derselben leicht vereitelt werden können. Es ist also nur die Rede von der definitiven Schlußverhandlung: aber ein Recht für das Publicum derselben beizuwohnen und von dem Gange der Untersuchung unmittelbar unterrichtet zu werden, ist wohl nicht nachzuweisen [69]). Selbst die rechtsphilosophischen Gründe,

---

Nachforschungen zu richten. Die Berechtigung dazu liegt in der Inquisitions-Maxime, welche dem jetzt üblichen Criminalproceß zum Grunde liegt.

69) Man könnte einwenden, daß es inconsequent wäre, auf eine Erneuerung des endlichen Rechttages der P. G. O. anzutra-

welche Abegg [70]) ausführt, scheinen mir nicht mehr als die Veröffentlichung der Urtheile und ihrer Gründe zu ergeben. Die Gerichtsöffentlichkeit aber, welche wir in der alten deutschen Zeit vorfinden, ist etwas ganz anderes als die von welcher heut zu Tage die Rede ist [71]). Die erstere beruht darauf, daß ursprünglich die ganze Gemeinde das Urtheil zu sprechen hatte. Zu dem ächten Ding oder ungebotenen Gericht, was gewöhnlich dreimal im Jahre, mußten deshalb alle vollberechtigten Freien bei Strafe erscheinen, und aus ihnen berief der Richter zunächst die, welche ihm die geeignetsten schienen, das Urtheil zu finden; die übrigen waren aber auch nicht ohne Theilnahme. Zu den gebotenen Gerichten, welche etwa alle 14 Tage stattfanden, wurde aber nur ein Ausschuß der Gemeinde als Urtheiler einberufen. Andere Freie waren nicht gezwungen zu erscheinen, doch konnten sie, wenn sie sich einstellten, Antheil nehmen. Die Gerichte waren also nur öffentlich für die, welche etwas zu thun, welche mitzusprechen hatten. Fremde, Weiber,

---

gen und die Oeffentlichkeit, welche demselben beigelegt ist, nicht anzunehmen. Ohne Zweifel würde auch die Oeffentlichkeit angenommen werden müssen, wenn diese jetzt projectirte Schlußverhandlung nichts als die Resultate der vorhergegangenen Untersuchung vorführte. Da sie aber in unsern Vorschlägen den Charakter einer selbstständigen, durch vorhergegangene Inquisition vorbereiteten, Untersuchung hat, so ist es wohl im Geist und Sinn der P. G. O., daß sie nicht öffentlich ist. Die Oeffentlichkeit des endlichen Rechttages in der P. G. O. ist übrigens wirklich eine moderne, nicht die altdeutsche.

70) Abegg Beiträge zur Strafgesetzgebung S. 116–121.

71) Feuerbach Betracht. über Oeff. u. Mündl. I. S. 66.

Unmündige und Unfreie waren aber ausgeschlossen [72]), und wurden, wo es streng herging, zurückgewiesen. Durch die Carolingische Einrichtung [73]) der stehenden Schöppen wurde nichts wesentliches verändert, indem immer noch die schöffenbaren Freien erscheinen mußten, und als Umstand mannigfachen Antheil nehmen konnten [74]). Dieß ist größtentheils in dem neueren Mittelalter so geblieben, und diese Festhaltung der Oeffentlichkeit beruhte also darauf, daß in den großen Gerichtstagen alle schöffenbaren Dingmannen zu erscheinen verpflichtet waren [75]) und als Umstand an den Geschäften theilnahmen [76]); daß an einem solchen Gerichtstage ohnedies die vielen zu verhandelnden Sachen ein großes Publicum zusammenriefen; daß die Genossen der Partheien, als Eideshelfer, Mitkämpfer [77]) oder subsidiarisch zur Buße Berechtigte oder Ver-

---

72) Feuerbach a. a. O. S. 70. Maurer öff. Ger. Verf. S. 182—186. Grimm Rechtsalt. II. S. 249. 750.

73) Unger altdeutsche Gerichtsverfassung S. 169.

74) Grimm Rechtsalt. II. S. 758 folg. Unger a. a. O. S. 118 folg. v. Savigny Gesch. d. Röm. R. I. §. 70. S. 242—247.

75) Sachsensp. Buch I. Art. 2. Richtst. Landr. Cap. 1. Maurer a. a. O. S. 179. Göschen Gosl. Stat. S. 372. 444. 455. Oefters suchte man sich von dieser Last zu befreien und machte deshalb besondere Verträge.

76) Richtst. Landr. Kap. 48. Eichhorn deutsche Rechtsgesch. vierte Ausg. II. S. 199. Maurer öff. Ger. Verf. S. 66. 100. 103. 111. 113. 180. Buchner öff. Ger. Verf. S. 42. 87. 138. 159. Freyberg öff. Ger. Verf. S. 48. 39. 90. 142. Bluntschli Züricher St. und Rechtsg. I. S. 204. 394.

77) Eichhorn Rechtsg. Th. II. S. 764. §. 385. Unger a. a. O. S. 124.

Verpflichtete nicht ausgeschlossen werden konnten [78]); daß die Fürsprecher aus den Schöppen oder anwesenden Dingmannen zu erwählen waren; daß öfters Rügegerichte [79]) mit den Gerichtstagen verbunden waren; daß endlich gewisse beweisende Handlungen, z. B. der gerichtliche Kampf und die Gottesurtheile unter freien Himmel vorgenommen wurden. Die Oeffentlichkeit bestand also darin, daß alle versammelt waren, welche etwas dabei zu thun hatten oder zu einem Antheil veranlaßt werden konnten. Als nun aber das Recht künstlicher ausgebildet wurde, so daß nur wenige ältere und erfahrene Männer der Gemeinde das Recht finden konnten, verlor der Umstand seine Bedeutung; die Processe wurden sorgfältiger und länger geführt [80]), so daß sie gewöhnlicher in besonderen Gerichtsterminen, nicht auf dem großen Gerichtstage verhandelt wurden; ebenso kamen die Kämpfe, die Gottesurtheile und zahlreichen Eidhelfer in Abnahme; die Rügegerichte wurden weniger beachtet; die Fürsprecher bildeten sich zu einem Gewerbe aus. Zuletzt reichten auch die Schöppen wegen der Fortschritte, welche die genauere Ermittelung der Thatsache und die Beurtheilung der Strafbarkeit machten, nicht mehr aus, so daß man bei den Schöppenstühlen Rath suchen und für diesen Zweck das Ermittelte schriftlich festhalten mußte [81]).

---

78) Sachsensp. I. 67. Wer um ungericht beklagt ist, soll nicht mehr denn 30 Mann führen vor Gericht. Maurer a. a. O. S. 124.

79) Sachsensp. Buch I. Art. 2. Beiträge S. 125.

80) Maurer öff. Ger. Verf. S. 303.

81) In den Zeiten des Mittelalters hatte man hier und da

Die Gerichtsöffentlichkeit verschwand auf diese Weise nach und nach [82]), und die peinliche Gerichtsordnung hat in dem endlichen Rechttage wenigstens eine Erinnerung daran festgehalten. Es ergiebt sich daher, daß die altdeutsche Gerichtsöffentlichkeit nicht auf eine förmliche Weise aufgehoben oder verdrängt worden [83]), sondern mit andern damit zusammenhängenden Einrichtungen allmählig untergegangen ist. Eine Wiederherstellung derselben, d. h. die Verpflichtung aller Vollbürger eines gewissen Bezirks in den Gerichtstagen zu erscheinen mit Ausschließung aller Nichtqualificirten, würde wahrscheinlich keinen Beifall finden, und es ist jetzt nicht von einer Theilnahme, nicht von einer Controlle die Rede, sondern nur davon, ob überhaupt Leute, welche zufällig Lust und Zeit haben, zu den Verhandlungen zugelassen werden sollen. Ueberhaupt könnte dieß nur stattfinden, wenn ein Recht für das Publicum erwiesen werden könnte, den Gerichtsverhandlungen beizuwohnen. Ein solcher Beweis kann aber meines Erachtens nur geführt werden, wenn Geschworne, d. h. aus dem Volke erwählte Bürger gleichsam im Na-

sogenannte Schreibtage, wo, besonders für den Zweck der Appellation, das früher mündlich Verhandelte niedergeschrieben werden sollte. Diese führten gewöhnlich zu weitläuftigem Streit, was gesagt und nicht gesagt worden war. Maurer a. a. O. Seite 297. 301. 335.

82) Buchner a. a. O. S. 185. Freyberg a. a. O. S. 284.

83) Doch hat es hier und da im funfzehnten Jahrhundert nicht an Klagen gegen das öffentlich mündliche Verfahren gefehlt, und in Baiern waren die Klagen der Landstände so eindringlich, dvß Herzog Georg von Nieder-Baiern 1491 deshalb theilweise Schriftlichkeit einführte. Maurer S. 292. 297. 307. Buchner S. 186. 227. Freyberg S. 223. 227. 237.

men der Gemeinde das Urtheil sprechen. Ja sogar da sie sprechen, ohne Gründe anzugeben, so ist deshalb die Gegenwart des Publicums nothwendig, indem dasselbe dann willkührliche, partheiische oder aufgedrungene Rechtssprüche leicht erkennen und zu ahnden wissen wird.

Ob höhere politische Gründe ein solches Recht des Publicums nachweisen können, so wie ob die Vortheile oder Nachtheile der Oeffentlichkeit überwiegend sind, liegt hier außer unsern Gränzen. Indeß scheint es nach den bisher gemachten Erfahrungen, als ob die Oeffentlichkeit keine großen Nachtheile hervorbrächte, besonders wenn die Voruntersuchung gut und vollständig geführt ist. Wenn daher eine förmliche Gerichtssitzung aus andern Gründen einmal organisirt ist, so könnte wohl für die wahren Angehörigen der Inculpaten, z. B. Eltern, Ehegatten, eine Zulassung zu der Gerichtssitzung verstattet werden: vielleicht auch für Advocaten, indem es den jüngern eine Bildungsschule seyn würde. Man könnte sogar vielleicht unbedenklich finden, das Publicum überhaupt zuzulassen, und man würde den Gewinn haben, daß Richter und Advocaten mit vermehrtem Eifer ihren Pflichten genügen [84]) und in der öffentlichen Achtung steigen.

Eine ganz andere Bewandniß hat es aber mit der Oeffentlichkeit des endlichen Rechtsspruches selbst und sei-

---

84) Selbst auf die äußere Haltung der Gerichtspersonen würde die Publicität Einfluß haben: daher sogar alte Anordnungen darüber. Grimm Rechtsalt. II. S. 763. Bambergische H. G. O. Art. 95. 117. Const. crim. Carol. art. 82. 96.

ner Gründe. Hier ist es bei Todesurtheilen schon längst üblich gewesen, dieselben öffentlich bekannt zu machen. Die Veranlassung dazu war die hergebrachte Form des hochnothpeinlichen Halsgerichts, die öffentlich vorzunehmende Execution der Strafe und der Glaube an die Abschreckung. Diese löbliche Sitte verdient aber allgemein gemacht zu werden, und die Gründe, welche dies als nothwendig und empfehlenswerth darstellen, sind oben bereits angeführt worden.

D. Der vierte Punkt in den reformatorischen Vorschlägen der Neueren ist das Verlangen nach Mündlichkeit, was eigentlich blos im Zusammenhang mit dem Geschwornengericht und der Zulassung des Publicums zu den Gerichtsverhandlungen in Anspruch genommen wird. Indeß wird es erlaubt seyn diesen Punkt an und für sich selbst zu betrachten. In dem Verlangen nach Mündlichkeit liegt genau betrachtet, dreierlei. Erstlich daß der Angeschuldigte sich persönlich stelle und dem Gerichte Rede stehe: zweitens, daß die mündliche Verhandlung für genügend geachtet werde, ohne durch Protocolle fixirt zu seyn: drittens das Plädiren. An eine absolute Schriftlichkeit, wo der Angeschuldigte nicht persönlich Rede steht, denkt man von keiner Seite: denn wenn es auch möglich wäre, mit Klage, Antwort und daraus erfolgtem Schriftwechsel eine Criminalsache zu einem Endurtheile reif zu machen, so ist dieß doch nur hier und da bei Verfolgungen im Interesse des Staatsfiscus zur Anwendung gekommen. In Criminalsachen ist aber bisher alles

mündlich verhandelt worden, und die Frage ist nur die, ob das mündlich Verhandelte protocollirt werden soll, und ferner, ob dann die Protocolle oder die Reminiscenz des Gehörten für authentisch gelten. Im gemeinrechtlichen Criminalproceß ist dieß nicht zweifelhaft, weil der untersuchende Richter ein anderer ist, als der erkennende, und daher der erste durch seine Protocolle dem andern in die Hände arbeiten muß. Aber bei der Proceßform mit Staatsanwald, welche hier zum Vorschlag gekommen ist, sind die verschiedenen Stadien des Criminalprocesses zu unterscheiden. Sowohl in der anfänglichen einleitenden, als in der vorbereitenden Untersuchung werden Protocolle nothwendig und authentisch seyn, weil die erkennenden Richter nicht zugegen sind und das hier Ermittelte als Grundlage des Anklageactes und der Anordnung des Schlußverfahrens fixirt werden muß: überdieß kann nur auf diesem Wege der Gebrauch der hier erlangten Resultate gesichert werden, worunter das Corpus delicti ein sehr wichtiger Umstand ist. Schwieriger ist aber die Frage bei der Schlußverhandlung selbst, in welcher die erkennenden Richter gegenwärtig sind. Hier könnte man an die Möglichkeit denken, die Protocolle zu ersparen, und, wenn Geschworne richten, also definitiv und ohne Gründe anzugeben, ist dieß allerdings ausführbar und wohlgegründet. Sobald aber angestellte Juristen das Urtheil sprechen sollen, verhält sich die Sache anders, denn wenn man die Sicherheit betrachtet, welche die verbürgte Aktenmäßigkeit gerichtlichen Verhandlungen

giebt[85]), wenn man ferner eine zweite Instanz, welche zu den Vorzügen des gemeinrechtlichen Processes gehört, nicht aufgeben will, wenn man endlich schriftliche Gründe des Urtheils verlangt, ohne welche eine zuverlässige Justiz nicht bestehen kann, so ist es nicht möglich, in dem Schlußverfahren die Protocolle aufzugeben; den Urtheilern aber müßte vergönnt seyn, ihr Urtheil und selbst ihre Gründe eben so gut auf die Audienz, als auf die geführten Protocolle zu gründen.

Nach einer sehr gewöhnlichen Ansicht ist die Mündlichkeit noch in dem Sinne genommen worden, daß man sie auf die längeren zusammenhängenden Reden des Anklägers und des Vertheidigers, also das Plädiren bezieht. Nach unserm System ist dieß eine nothwendige Consequenz der angenommenen Proceßform und bedarf deswegen keiner besondern Rechtfertigung. Daß der Ankläger das erste Wort hat, der Vertheidiger das letzte, beide in unzertrennter Darstellung, und daß an den Verhandlungen, welche in der Mitte liegen, beide thätig theilnehmen können, ist natürlich und nothwendig. Endlich ist unter Mündlichkeit von vielen die Verhandlung des

85) Die neueste sehr gründliche Vertheidigung der Protocolle von Martin ist in Richter krit. Jahrb. 1843. S. 110 folg. enthalten. Zu der Zweckmäßigkeit der Protocolle würde unstreitig beitragen, wenn dem Staatsanwald und dem Vertheidiger erlaubt wäre, während der Verhandlung bei vorkommenden wichtigen Umständen auf deren Festhaltung im Protocoll anzutragen. Sehr ähnlich ist, wenn in Frankreich der Präsident, der Staatsanwald oder der Vertheidiger in solchen Fällen die Geschwornen besonders auf etwas aufmerksam machen. Vergleiche auch Code d'instruction criminelle §. 318. 372.

Processes vor den erkennenden Richtern verstanden worden, was aber nach unserer Ansicht bei der Frage wegen der Oeffentlichkeit zur Sprache gekommen ist.

Die Wünsche, welche als Resultat der Prüfung der neuern Vorschläge hervorgehen, würden sich hiernach darauf beschränken, daß accusatorischer Proceß mit einem Staatsanwald eintrete, daß zum Schluß in Gegenwart der erkennenden Richter eine vollständige Verhandlung der Sache stattfinde, und daß die Criminalurtheile nebst Gründen öffentlich publicirt werden. Die Geschwornengerichte, die Gegenwart des Publicums bei den Verhandlungen selbst und die Unterlassung der Protocolle bei der gerichtlichen Audienz sind nicht angenommen worden. Gegen die Mitwirkung des Staatsanwaldes in dem zweiten Stadio des Criminalverfahrens ist bemerkt, daß sie für Deutschland der historischen Begründung ermangele und überhaupt manche Inconvenienzen mit sich führe. Mehrere wichtige Gegenstände sind allerdings bei dieser Untersuchung nur angedeutet worden oder ganz unerwähnt geblieben, z. B. das Verhältniß der Voruntersuchung zu der öffentlichen Schlußverhandlung; die zweite Instanz in Criminalsachen, welche zu den Vorzügen des gemeinrechtlichen Verfahrens gehört; die Frage, ob der Staatsanwald als öffentliches Ministerium ein Rechtsmittel auf eine reformatio in pejus einlegen dürfe.

So viel scheint gewiß, daß bei Ausführung dieser Wünsche eine neue und gleichförmige Organisation der Gerichte in vielen Ländern nöthig werden würde, daß die Organisation der Polizei und der eximirte Gerichts-

stand Veränderungen unterliegen müßten, daß die Administration der Criminaljustiz kostbarer werden würde als bisher. Um diesen Unbequemlichkeiten zu entgehen, ließe sich denken, daß man sich entschlösse, ohne Radical-Reform den vorzüglichsten Uebelständen des gemeinrechtlichen inquisitorischen Verfahrens abzuhelfen. Es würde dann der inquirirende Richter als Ankläger und Anwald des Gesetzes anzuerkennen seyn, jedoch so, daß zugleich während des Laufes der Untersuchung die Thätigkeit eines rechtskundigen Vertheidigers zugelassen würde. Es müßte ferner die Möglichkeit gegeben seyn, in gewissen Fällen eine mündliche Verhandlung der Sache vor den erkennenden Richtern einzuleiten. Endlich wären alle Criminalurtheile nebst den Gründen an gewissen öffentlichen Gerichtstagen zu publiciren [86]). Außer diesen auffallenderen Hauptpunkten mußten aber zugleich die nöthigen Maaßregeln für Zuverlässigkeit der Protocolle und Rela-

86) Wenn etwas darauf ankäme, so ließe sich sogar sehr leicht nachweisen, daß die Zuziehung des Staatsanwaldes zu der definitiven Schlußverhandlung eine historisch begründete Entwicklung des Inquisitionsprocesses ist. In Ansehung des Formellen kann man sich darauf beziehen, daß die P. G. O. in ihrem endlichen Rechttage dem Inquisitionsproceß einen Schluß in accusatorischer Form zuweist, und mehrere deutsche Particularrechte ein wirkliches accusatorisches Verfahren mit einem Fiscal angeschlossen haben. In Ansehung des Materiellen kann man darauf Gewicht legen, daß in der definitiven Schlußverhandlung der erkennende Richter keinesweges verpflichtet ist, blos den leitenden Angaben des Staatsanwaldes und des Vertheidigers zu folgen, sondern selbst weiter forschen und untersuchen darf. — Daß die Oeffentlichkeit der Schlußverhandlung aus dem endlichen Rechttag der P. G. O. hergeleitet werden könne, als durch die Reichsgesetzgebung sanctionirt, ist oben Note 67. bemerkt.

tionen getroffen und die Beweislehre auf eine genügende Weise festgestellt werden. Zur Vertheidigung einer solchen Einrichtung, welche man wohl eine halbe Maaßregel nennen und als solche verwerfen könnte, würde sich anführen lassen, daß hierbei weniger der Zusammenhang mit andern bestehenden Staatseinrichtungen gestört wird, und daß der Inquisitionsproceß auf diese Weise ebenfalls eine Garantie der Rechtssicherheit bietet, wenn nur gewissenhaft und ohne Mißbräuche administrirt wird [87]). Die bloße Form allein macht es nicht aus. Die spanische Ketzerinquisition und, nach ihrem Vorgang, später die italiänische, hatten das Verfahren mit öffentlichem Ankläger: daß auch Geschwornengerichte influirt werden können, theils von falschen Ansichten der Zeit, theils von dem Willen eines Machthabers, haben wir in Frankreich in der Zeit der Revolution und Napoleons gesehen.

Auf die politischen, rechtsphilosophischen und utilitarischen Gründe, welche besonders für Geschwornengerichte und Oeffentlichkeit sich mit einigem Schein anführen lassen, auf die öffentliche Stimme, welche jedoch nur in constitutionellen Staaten in der Ständeversammlung ein legales unzweifelhaftes Organ hat, ist der Verfasser nicht eingegangen, weil er sich da nicht auf seinem Felde fühlt. Ebenso wenig hat er gewisse Argumente berücksichtigt, welche von Anhängern der Reform vorgebracht werden, ohne daß es ihnen eigentlich Ernst damit ist,

87) Beiträge S. 7. Not. 19. Abegg Beiträge zur Strafgesetzgebung S. 11. 28. 198. 202—205.

z. B. daß die Protocolle ein unsicheres Mittel wären, um das gesprochene Wort festzuhalten; daß Männer aus dem Volke leichter im Stande wären einen verwickelten Rechtsfall zu übersehen, als Juristen vom Fach.

Ernsthafter gemeint sind einige andere Vorwürfe, welche man dem Inqnisitionsproceß gemacht hat: zuförderst der, daß derselbe aus der Ketzerinquisition herstamme. Diesen Einwand glaubt der Verfasser in seinen Beiträgen hinlänglich wiederlegt zu haben, indem er nachgewiesen hat, daß der gemeinrechtliche Inquisitionsproceß aus dem kanonischen unmittelbar abzuleiten ist, während die Ketzerinquisition eine bedeutende Modification des kanonischen Processes war [88]). Außerdem hat er die peinliche Gerichtsordnung von dem Verdachte befreit, daß sie aus der Bambergensis vieles mit den Instructionen des Torquemada übereinstimmende geschöpft habe [89]).

Ein anderer erst neuerlich gemachter Vorwurf [90]) geht darauf, daß der Inquisitionsproceß hauptsächlich zu Gunsten des Hexenprocesses in Deutschland eingeführt worden sey: auch dieser scheint mir nicht gegründet, doch ist die versprochene nähere Ausführung abzuwarten, in-

---

88) Siehe den Eingang dieses Aufsatzes.

89) Beiträge S. 151. 152. In einem Programm: Num origo C. C. Bambergensis a Torquemadae instructionibus repeti possit. Lips. 1837. hat Herr D. Gerstäcker eine Vertheidigung seiner Ansicht gegen meine Einwendungen eingeleitet.

90) D. Soldan Beitrag zur Geschichte der Hexenprocesse in v. Jagemann und Nöllner Zeitschr. für Strafverf. III. 3. S. 356.

dem nicht eher eine eigentliche Wiederlegung möglich ist. Meine Vorstellung von der Sache selbst ist folgende [91]). Die alte christliche Kirche nahm an, daß Gott dem Teufel eine reelle Wirkung auf das Irdische nicht zugestanden habe, wohl aber eine spirituelle [92]) auf die Gemüther der Menschen. Wenn also Leute glaubten, daß sie mit Formeln und Ceremonien die Hülfe des Teufels zur Hervorbringung gewisser Wirkungen erzwingen könnten, so war dieß [93]) eine pagania oder infidelitas, ein deviare a fide christiana instigante diabolo und die angeblich hervorgebrachten Wirkungen waren bloße illusiones diaboli. In diesem Sinne haben die alten Pönitentialien die Sache aufgefaßt und Kirchenbußen dafür verordnet. Zugleich erklärt sich, weshalb dieses Vergehen der Ketzerei gleichzustellen und den Ketzergerichten zu überlassen war. Im funfzehnten Jahrhundert ereignete es sich aber, daß der von der Kirche verworfene, von dem gemeinen Manne aber festgehaltene Glaube an die Realität der Zauberei zu größerem Credite gelangte und sogar von Gelehrten und Theologen vertheidigt

---

91) Unter den Juristen hat nur Jarcke im Handbuch des Strafr. Bd. II. S. 47—67. diesen Gegenstand ausführlich und gründlich behandelt.

92) Die älteste mir bekannte Stelle darüber ist in Aurel. Augustinus de spiritu et anima cap. 28. (wahrscheinlich nicht von Augustin, sondern einem Schriftsteller des sechsten Jahrhunderts). Diese Stelle ist, wie es scheint, in ein Capitulare verarbeitet worden, und findet sich in Regino II. 371. Burchardus, Jvo und im Decretum Gratiani c. 12. C. XXVI. q. 5.

93) Die betreffenden Stellen der ältesten germanischen Rechte sehr vollständig in Wilda Strafrecht der Germanen Seite 100. 961—973.

wurde. Den Beweis dafür liefert die berühmte Bulle [94]) Papst Innocenz des VIII im Jahre 1484, worin er sagt, daß ihm aus Deutschland Berichte zugegangen wären, zufolge deren die Zauberei, als Unzucht mit den bösen Geistern, Beschädigung von Menschen, Vieh und Früchten, Nestelknüpfen u. s. w. sehr im Schwange gienge. Eine Erklärung, daß dieß Blendwerke des Teufels wären, ist aber nicht hinzugefügt [95]). Noch deutlicher ist aber der Malleus maleficarum [96]), welcher von den in der erwähnten Bulle bestätigten Inquisitionen herrührt, und in seinen ersten zwei Theilen die Realität der zauberischen Wirkungen auf jede mögliche Weise, auch durch vorgekommene Fälle, darthut, im dritten das Verfahren gegen die Unholden schildert. Welchen Eindruck dieses letztere Buch, obgleich es blos Privatwerk war, damals gemacht hat, ergiebt sich deutlich aus Tenglers Layenspiegel 1509. Dieser anerkannt kenntnißreiche und praktisch erfahrene Schriftsteller [97]) trägt vor, daß die Realität der zauberischen Wirkungen in menschlicher Vernunft

---

94) Cap. 7. in VII. de maleficis et incantatoribus. Zwei andere Bullen von Alexander VI und Hadrian VI (c. 1. 3. in VII. eod. tit.) enthalten noch etwas deutlicher die Anerkennnng, daß Beschädigung durch Hexerei hervorgebracht werde.

95) Der übrige Theil der Bulle enthält blos die wiederholte Bestätigung zweier inquisitores haereticae pravitatis für Deutschland mit der Ermächtigung, gegen Zauberei zu procediren, also nichts Neues.

96) Nach der gewöhnlichen Annahme ist es 1489 zuerst gedruckt worden, worauf viele wiederholte Abdrücke folgten.

97) Die Stelle ist im dritten Theil fol. 125. der Ausgabe von 1532.

nicht zu begreifen noch zu glauben sey, weshalb auch die Rechtsgelehrten daran zweifelten. Nun hätten aber zujüngst etliche Büchlein, besonders eins, Malleus maleficarum (durch päpstliche Inquisitores gefertigt, durch hochgelehrte Männer 98) approbirt, auch von der Römisch Königlichen Majestät 1486 zugelassen, 99)) den Grund solcher zauberischen Handlungen durch göttliche, Kaiserliche und geistliche Rechte, auch Erfahrung der wahrlichen Geschichten angezeigt. Wie es scheint, ist also Tengler selbst durch dieses Buch veranlaßt worden, seine frühere Ueberzeugung zu ändern und an die Hervorbringung von Schaden durch Hexerei zu glauben. Daher theilt er das Verfahren gegen Hexen aus dem malleus mit, und führt uns, daß die weltlichen Richter ebenfalls wie die geistlichen berechtigt und verpflichtet wären, wider die Hexerei zu procediren.

Auf diese Weise ergiebt sich, wodurch gegen das Ende des funfzehnten Jahrhunderts die Hexenprocesse sich vermehrten. So lange die Kirche den Satz festhielt, daß die Zauberei keinen reellen Schaden zufügen könne, gehörte der Gebrauch von Zaubermitteln blos vor das forum internum, vor die geistlichen Gerichte. Wenn im frühern Mittelalter außer diesen Gerichten Hexenverfolgungen vorkamen, so waren es nur einzelne Fälle, wo

---

98) Die Approbation von acht Mitgliedern der theologischen Facultät in Kölln 1487 ist dem malleus maleficarum vorgedruckt.

99) Ist nicht richtig. Die Urkunde König Maximilians von Brüssell 1486 verspricht blos den päbstlichen Inquisitoren Anerkennung und Schutz.

die Stimme des Volkes die Oberhand behielt [100]). Als aber die Kirche im funfzehnten Jahrhundert den Glauben an wirkliches Schadenstiften durch Zauberei unterstützte und wenigstens stillschweigend zuließ, war nunmehr das forum externum und die Thätigkeit der weltlichen Richter begründet. Das übermäßige Zunehmen der Hexenprocesse in der Hälfte des sechzehnten und im siebzehnten Jahrhundert, in katholischen und protestantischen Ländern hat vielleicht in der Aufregung des vermehrten Religionseifers jener Zeiten seinen Grund [101]). Das Abnehmen

100) Im Jahr 1028 wurde eine Frau verdächtig, einem hohen Herrn durch Zauberkünste eine tödtliche Krankheit zugezogen zu haben. Es wurde ein Gottesgerichtskampf angeordnet, in welchem der Kämpe der Hexe unterlag. Außerdem wurde sie durch drei Mitwisserinnen überführt. Der Beschädigte schenkte ihn aber das Leben. Ademari histor. Lib. III. ad ann. 1028. (Pertz monum. histor. T. VI. p. 146.) Im Jahre 1074 wurde in Kölln bei einem Tumult eine Frau, welche durch Hexenkünste Leute wahnsinnig gemacht haben sollte, über die Stadtmauer heruntergestürzt. Lamberti Schafnaburgensis Chronicon ad ann. 1074. (Pistorii Script. rer. Germ. p. 375.) Die Wasserprobe und Hexenwage, welche noch in neuerer Zeit angewendet wurden (Henke Gesch. d. peinl. R. II. S. 212—215. Grimm Rechtsalt. II. S. 925.), deuten, als Gottesurtheile, ebenfalls auf die weltlichen Gerichte des Mittelalters zurück. Dagegen ist die Feuerstrafe im Sachsenspiegel II. 13., welche für Ungläubige (Ketzer) und Zauberer bestimmt ist, nicht auf Verfahren in weltlichen Gerichten zu beziehen, sondern auf den Fall, wenn die geistlichen Gerichte einen solchen Sünder, als unbußfertig (incorrigibilis) dem brachio seculari übergeben.

101) Der ganze Landmann der Cent Dieburg wendete sich am 6. Februar 1627. mit einer Bittschrift an den Kurfürsten von Maynz um Exstirpation der Kunst Magiae. Hierauf verfügte die Kurf. Canzlei zu Aschaffenburg strenge Untersuchung, und in kurzer Zeit wurden 43 Personen hingerichtet. Malten

dieser Processe erklärt sich sehr einfach aus dem eintretenden Religions-Indifferentismus, welcher ein Stück der neuern sogenannten Aufklärung ist.

Was aber nun die Form des Processes gegen die Hexen betrifft, welche uns eigentlich auf diese Abhandlung geführt hat, so ist nicht abzusehen, worin der Inquisitionsproceß den Hexen verderblicher gewesen wäre, als der accusatorische Proceß; nämlich der mit öffentlichem Ankläger. Denn das eigentliche Fundament zu gedeihlicher Führung der Hexenprocesse ist die Tortur: diese war aber, wie die peinliche Gerichtsordnung uns lehrt, in dem accusatorischen Processe ebenso wohl vorhanden. Sie gehörte sogar dem accusatorischen Processe wesentlicher an, als dem inquisitorischen, und der accusatorische Proceß hat sie aus dem römischen Anklageproceß erhalten, während der inquisitorische Proceß iu seiner kanonischen Form die Tortur entschieden verwarf. Es zeigt sich auch in den beiden Hexenprocessen, welche in v. Jagemanns Zeitschrift a. a. O. referirt werden, daß das Gericht zu Friedberg [102]), welches im Inquisitionsproceß vorsichtig war mit dem Erkennen der Tortur, in

---

Weltkunde 1843. I. 1. S. 107. Hätte man damals Geschwornengerichte gehabt, so wären von ihnen die Hexen eben so sicher condemnirt worden, als von den Juristenfacultäten. Denn wer nicht an Hexerei glaubte und die Hexen verfolgte, galt nicht für einen guten Christen.

102) Die mitgetheilten Auszüge ergeben, daß bei diesem Gerichte immer erst inquisitorisch verfahren wurde, nachher aber der Fiscal mit einem articulirten Klaglibell einen förmlichen accusatorischen Proceß eröffnete.

dem accusatorischen fiscalischen Verfahren damit ganz unbedenklich war, sogar in dem einen Fall gegen eine vollkommen geständige Verbrecherin auf Antrag des Fiscals noch Tortur zuließ. Wenn aber in denselben Processen S. 375. die Straßburger Juristenfacultät sagt, daß der processus inquisitorius besser gegen Hexen sey, als der accusatorius, so hat sie erstlich Unrecht, wie vorher bewiesen worden. Zweitens hat sie in diesen allgemeinen Ausdrücken nur dem Gericht vorgeworfen, daß es unnöthig Bedenken getragen, im Inquisitionsproceß zur Tortur vorzuschreiten. Drittens kann eine solche Meinung im Jahr 1666, wo hier und da die Hexenprocesse schon abnahmen, nicht leicht die Annahme des Inquisitions-Verfahrens zu Gunsten der Hexenverfolgung befördert haben. Aus diesen Gründen glaube ich, weder daß die Hexenverfolgung der Einführung des Inquisitionsprocesses förderlich gewesen ist, noch daß die Einführung des Inquisitions-Processes den Hexenprocessen Vorschub geleistet hat.

Hier am Schlusse dieser Abhandlung, welche überhaupt Wünsche für die Verbesserung unsers Criminalverfahrens ausgesprochen hat, möge es erlaubt seyn, noch den Wunsch auszusprechen, daß durch Begnadigungen, so wenig als möglich der Gang der Justiz gehemmt werde. Begnadigung mindert die Achtung gegen das Gesetz, und um so mehr, da sie ihrer Natur nach eine Mittheilung der Gründe nicht zuläßt. Außerdem giebt es noch manche andere Bedenken gegen die Begnadigung.

Das

Das eine, welches in der alten Zeit [103]) geltend gemacht wurde, daß es sich für einen Regenten nicht zieme, zu begnadigen, wo die heilige Schrift die Strafe verordnet habe, muß man allerdings dem Gewissen der Regenten anheimstellen. Aber ein anderes, welches ehemals anerkannt war, ist mit Unrecht jetzt vergessen, daß nämlich der Regent nicht befugt ist, dem verletzten Theile sein Recht zu vergeben, was ihm zu verschaffen, zu dem ihm zu verhelfen, der Staat übernommnn hat. Daher lassen mehrere italiänische Praktiker [104]) die Begnadigung nicht zu, wenn nicht die Sühne mit dem verletzten Theil gepflogen ist, und bezeugen dieß als Italiänische Praxis. In Deutschland hat allerdings die Machtvollkommenheit des Kaisers, welche die Landesherrn, als jura regalia, sich anzueignen pflegten, und das Verschwinden des Anklageprocesses diese Rücksicht in Vergessenheit gebracht, obwohl sie theils an und für sich selbst, theils im Sinne des germanischen Rechtes [105]) gegründet ist. Es wäre

---

103) Carpzov Practica Qu. CL. n. 31.

104) Julius Clarus Qu. 59. Farinacius Practica Lib. I. tit. 1. Qu. 6.

105) Bei dem Sühnen von Verbrechen und dem Lösen von Leib oder Gliedern ist Grundsatz, daß eben sowohl mit dem Richter, als mit dem Beschädigten das Abkommen getroffen werden muß. Eichhorn deutsche Rechtsg. §. 380. Gloße zum Sachsensp. I. 62. Bamberger Stadtrecht §. 162. Magdeburger Fragen Th. I. Kap. 2. Dist. 23—26. Der Fall einer landesherrlichen Begnadigung ist ganz analog, und die zuletzt angeführte Quelle Th. I. Kap. 17. Dist. 1. 2. erfordert, wenn von dem König jemand zu Gnaden genommen wird, daß dieß mit des Klägers oder der Freunde Willen geschehe. Vergleiche auch P. G. O. Art. 150.

daher zu wünschen, daß die Regenten sich den Grundsatz machten, nur zu begnadigen, wo es aus irgend einem Grunde nothwendig scheint. Jeder solche Fall würde aber dann zugleich auf eine auszufüllende Lücke in der Gesetzgebung aufmerksam machen. Doch versteht sich von selbst, daß in Verbrechen, welche gegen den Regenten selbst gerichtet sind, der Milde desselben ein freier Spielraum zustehen muß; namentlich bei Injurien, wo überhaupt die ad animum revocatio so einflußreich ist.

Sollten die in diesem Aufsatze vorgetragenen Ansichten, welche ungefähr die Mitte halten zwischen der conservativen und der reformirenden Parthei, von beiden Seiten mißfallen, so bleibt dem Verfasser allerdings nur übrig, sich auf sein Bewußtseyn zurückzuziehen, daß er in diesen Erörterungen dem juristischen Standpunkt überhaupt, besonders aber der historischen und unpartheiischen Auffassung, nach besten Kräften treu geblieben ist.

Bayerische Staatsbibliothek München

In demselben Verlage ist ferner erschienen:

Ueber
öffentliches Rechtsverfahren.

Ein Beitrag
zur Würdigung dieser Frage.

Velinp. geheftet 10 Sgr.

Bei dem lebhaften Interesse, welches die im nachbarlichen Sachsenlande stattgehabten Verhandlungen über öffentliches Rechtsverfahren auch bei uns erwecken, dürfte diese, aus den nachgelassenen Papieren eines jüngst verstorbenen höheren Staatsbeamten entnommene Denkschrift über denselben Gegenstand dem gebildeten Publicum nicht unwillkommen sein.

Sie erschöpft die Materie, die so vielseitig beleuchtet und behandelt werden kann, zwar bei weitem nicht; allein sie enthält auf das Ausland bezügliche Data, die nicht Jeder haben kann, und die um so gewichtiger scheinen, da die Frage, wie die meisten unserer Zeit, eine ausländische ist.

Das Verhältniss der Staatsgewalt
zu den
Vorstellungen ihrer Untergebenen.

Ein Beitrag
zur Erleichterung gründlicher Urtheile über die Anforderungen, welche das Zeitalter an die Staatsverwaltungen macht.

Dargestellt von
J. G. Hoffmann,
Director des statistischen Bureaus zu Berlin.

Velinpapier, geheftet 1 Rthlr.

Die Beckerschen
falschen Münzen,
beschrieben
von
Dr. M. Pinder.

Mit zwei Kupfertafeln. Geheftet 25 Sgr.

So eben ist in unserm Verlage erschienen:

Sammlung kleiner Schriften

staatswirthschaftlichen Inhalts

von

J. G. Hoffmann,

Director des statistischen Bureaus zu Berlin.

Velinpapier, geheftet 3 Thaler.

Inhalt:

Uebersicht der im preußischen Staate 1841 vorgekommenen Geburten, Trauungen und Todesfälle und Würdigung ihrer staatswirthschaftlichen Bedeutung, verglichen mit den ähnlichen Ereignissen von 1836 — mit 1840. — Ueber die Besorgnisse, welche die Zunahme der Bevölkerung erregt. — Ueber die Versuche, die mittlere Dauer des menschlichen Lebens sowohl von der Geburt als vom Eintritte in besondere Altersstufen ab zu berechnen. — Uebersicht des Zahlenverhältnisses der schulfähigen Kinder zu denjenigen, welche wirklich Unterricht in öffentlichen Schulen erhalten, nach den Ergebnissen der Ende 1840 in Preußen aufgenommenen Tabelle. — Zahlenverhältnisse der Gymnasien, Progymnasien und höheren Bürgerschulen im preußischen Staate von 1831 — mit 1841. — Uebersicht der Seminarien zur Bildung von Elementar-Schullehrern im preußischen Staate, nach obiger Tabelle. — Uebersicht der auf den sämmtlichen Universitäten des preußischen Staates vom Sommer-Semester 1820 bis zum Winter-Semester $18\frac{39}{40}$ Studirenden. — Betrachtungen über die gegenwärtige Lage des höheren Schulunterrichts, und die Mittel, denselben für die Wissenschaft und das Leben fruchtbarer zu machen. — Betrachtungen über das Verhältniß der Universitäten zu den Anforderungen an die Wissenschaft und das Leben auf der Bildungsstufe der Gegenwart. — Betrachtungen über den Zustand der Juden im preußischen Staate. — Darstellung des Zustandes, worin sich die Bereitung und der Verbrauch des Branntweins in Bezug auf staatswirthschaftliche und sittliche Verhältnisse dermalen im preußischen Staate befindet. — Ueber die wahre Natur und Bestimmung der Renten aus Boden- und Capitaleigenthum.

Nicolaische Buchhandlung in Berlin.

Peter Greiner
Buchbinderei
München 15

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Biener, Friedrich August,

Über die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Criminalverfahrens in Deutschland

Berlin 1844

Crim. 297,10
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396035-9